

TITELBLAD

Tema:	Juridisk kandidatspeciale på Cand. merc. jur
Retsområder:	Udbudsret og EU ret
Rapporttitel:	Offentligt EU-udbud for små og mellemstore virksomheder - med fokus på forslag til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb
Engelsk rapporttitel:	EU public procurement for small and medium-sized enterprises - With focus on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council, on public procurement
Projekts afgrænsning¹	15. april 2011
Afleveringsdato:	16. maj 2012 kl. 10.00
Studie retning:	Cand. merc. jur.
Semester:	10. semester
Antal sider	197
Antal Bilag	15
Gruppemedlemmer:	Camilla Skjødt Jakobsen og Charlotte Jensen <hr/> <hr/>
Vejleder:	Advokat Anne Bergholt Sommer

¹ Tidspunkt for sidste litteratursøgning

FORORD

Det foreliggende udgør vores specialeafhandling med titlen:

"Offentligt EU-udbud for små og mellemstore virksomheder – med fokus på forslag til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb",

og er skrevet som afslutning på vores kandidat i erhvervsjura. Afhandlingen er indleveret med frist den 16. maj 2012 til Aalborg Universitet. Der er dog ikke medtaget yderligere materiale efter den 15. april 2012.

I afhandlingen gives en samlet og systematisk fremstilling af væsentlige barrierer, som små og mellemstore virksomheder oplever inden for området for offentligt EU-udbud, hvilket Kommissionen har forsøgt elimineret i et udkast til et direktivforslag af 20. december 2011.

I forbindelse med afleveringen af vores afhandling er der en række personer, som vi gerne vil takke.

Først skal **Advokat Anne Bergholt Sommer** have en stor tak. Hun har som vejleder på afhandlingen troet på Specialet og bidraget med nye vinkler og faglig sparring.

Ydermere skal der lyde en særlig tak til **Advokat Christian Norup Hostrup** og **Cand. jur. Ida Jacobsen**, som i Specialets afsluttende fase har hjulpet med korrekturlæsning og kritiske spørgsmål.

Tak til **Katte** for det evige gode humør. Hun har til enhver tid bidraget med lyspunkter og givet os smil under den lange udarbejdelsesproces.

Til slut skal der lyde stor tak til vores **kærester, familie og venner**, fordi I har troet på os og levet med os på trods af vores til tider stressede temperament. Tak fordi I har støttet os, gennem hele vores studietid.

TAK!

Specialet er omfangsrigt, hvorfor vi ønsker læseren fortsat god læselyst!

SUMMARY

The private market in the European Union are governed by market forces, therefore competition is naturally a high priority. Companies have a strong focus on their liquidity including how best to be and remain competitive and thereby create profit. The same may not apply to the contracting authorities who, besides having to comply with budgets often have other considerations that equally are wished handled. These considerations such as national or local favoritism and social considerations may result in that contracts not always are given to the suppliers, where the state funds, from an economic perspective, will be used in the best possible way. If so, the effective competition will not be maintained which basically will prevent the EU's effort to create an internal market in which the free movement of goods, services, capital, and persons is ensured.

Already in the 1990's there was focus on small and medium-sized enterprises' (SMEs) significance to the internal market, including the internal market in public procurement. Especially focus was on the fact that SMEs had great difficulties with public procurements because of their size. The need for a functioning and effective European public procurement market is bigger than ever and it is therefore important that focus is on improving access to public procurement for the SMEs. Better utilization of the latent potential of SMEs will make it easier to meet many of the challenges the European member states are experiencing today and will especially help achieve the objectives of the European 2020 strategy. The analysis shows that there is a need for a reviewing of the existing procurement directive, if the SMEs are to have better market access to EU public procurements.

Now the EU is attempting to revise the current public procurement directives by adopting among other things a proposal for a new directive on public procurement for public contracts. This proposal contains amendments that are intended to address the problems that SME's face, while complying with the fundamental principles underpinning the EU procurement rules, in particular, transparency and equal treatment. The question is hereafter whether these proposals actually are going to change the current legal basis and thereby facilitate access for the small and medium-sized enterprises. As the analysis of this thesis will show, the proposal contains four specific amendments wherein the SME's are seeked assisted. These amendments deal with the simplification of information obligations, the limitation on requirements for participation, competitive dialogue and innovation partnership, and division into lots.

The analyses show that the proposed directive, within these four areas, never achieved their purpose to full extent, which was to facilitate better access for the SME's. This is most sensational and reprehensible as the proposal only in part or in no way will benefit SME's if it is adopted in its present form. This will ultimately have an impact on achieving the objectives of the European 2020 strategy.

INDHOLDSFORTEGNELSE

TITELBLAD	1
FORORD	2
SUMMARY	3
INDHOLDSFORTEGNELSE.....	4
1. INDLEDNING	8
1.1 Offentlige EU-udbud gennem tiden.....	9
1.2 Små og mellemstore virksomheder	12
1.2.1 Historisk tilbageblik på SMV'ernes betydning for det indre marked	13
1.2.2 Small Business Act og 2020 strategien – Øget fokus på SMV'erne	14
1.2.3 SMV'er og offentligt EU-udbud	15
1.3 Grønbogen - den fremadrettede vej.....	17
1.3.1 Udvalgte problematikker	18
2. PROBLEMSTILLING SAMT METODEVALG	20
2.1 Problemformulering.....	20
2.2 Afgrænsning.....	21
2.3 Metode.....	22
2.3.1 Juridisk metode.....	24
2.3.2 Litteraturvalg og retskilder.....	25
2.3.3 Metodekritik.....	25
2.4 Disponering.....	27
2.5 Begrebsafklaring.....	28
3. DIREKTIVFORSLAGET	31
4. ADMINISTRATIV BYRDE – DOKUMENTATIONSKRAV	33
4.1 Nuværende retstilstand	34
4.1.1 Udbudsdirektivets art. 23, tekniske specifikationer.....	34
4.1.2. Andre dokumentationskrav.....	36

4.1.3 Mulige løsningsforslag	39
4.2 Direktivforslaget	40
4.3 Delkonklusion	43
5. UDVÆLGELSESKRITERIER – ØKONOMISK FORMÅEN.....	45
5.1 Nuværende retstilstand – Krav til økonomisk formåen	45
5.1.1 Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47.....	46
5.1.2 Behovet for ændringer	49
5.2 Direktivforslaget	50
5.3 Delkonklusion	56
6. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG OG INNOVATIONSPARTNERSKAB	58
6.1 Baggrunden for konkurrencepræget dialog.....	58
6.2 Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog.....	60
6.2.1 Udbudsdirektivets art. 29	61
6.2.2 Restriktivt anvendelsesområde	64
6.2.3 Behovet for ændringer	73
6.3 Direktivforslaget	76
6.3.1 Nye krav for anvendelse af konkurrencepræget dialog.....	76
6.3.2 Konkurrencepræget dialog set i lyset af en formålsfortolkning.....	83
6.3.3 Innovationspartnerskab.....	84
6.4 Ændringer i henhold til Direktivforslaget	86
6.4.1 Ændringerne i forhold til nuværende retstilstand	87
6.5 Direktivforslagets betydning for SMV'erne	89
6.6 Delkonklusion	91
7. DELKONTRAKTER OG UNDERENTREPRISE	93
7.1 Nuværende retstilstand – Hvad er mulighederne i dag.....	93
7.1.1 Behovet for ændringer	94
7.2 Direktivforslaget	96
7.2.1. Direktivforslagets art. 44	96
7.2.2 Fastlæggelse af anvendelsesområdet	97
7.2.3 Delkonklusion.....	99

8. DISKUSSION	100
9. KONKLUSION.....	103
10. PERSPEKTIVERING	107
11. LITTERATURLISTE	109

12. BILAG	115
Bilag 1: Supplerende høringsnotat af 23. marts 2011, om Europa Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europa udvalget 2011 KOM(2011) 15.....	115
Bilag 2: Erhvervsudvalgets udtalelse af 8. april 2011, om Europa-Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011, KOM(2011) 15.....	125
Bilag 3: Annual Report on EU SMEs 2010/2011 - Are EU SMEs recovering? Client: European Commission, DG-Enterprise. Rotterdam, Cambridge, 2011	132
Bilag 4: SBA-Faktablad (Small Business Act) Danmark (2010/2011) European Commission, Enterprise and Industry	143
Bilag 5: Dansk Erhvervs Avis af 28.-30. marts 2012. Artikel s. 1"Stærkt brug for nationalt kompromis om udbud" samt s. 5"Det er en dyr fornøjelse for erhvervslivet at give tilbud"	146
Bilag 6: Folketingets Hørings svar af 12. april 2011, om Europa-Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011, KOM(2011) 15.....	149
Bilag 7: European Commission: Directorate General Internal Market and Services, Public Procurement Policy: <i>Explanatory Note – Competitive Dialog</i> , Classic Directive	156
Bilag 8: Konkurrencestyrelsens vejledning til tilbudsdirektiverne af 30. juni 2006.....	167
Bilag 9: Styrelsen for Forskning og Innovation under Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående uddannelser - Definitioner.....	172
Bilag 10: The OECD Glossary of Statistical Terms "Research and development is a term covering three activities: basic research, applied research, and experimental development."	173
Bilag 11: Oslo Manual: The Measurement of Scientific and Technological Activities – Guidelines for collecting and interpreting innovation data. Third edition. A joint publication of OECD and Eurostat (OECD 2005).....	175
Bilag 12: Den danske regerings hørings svar til Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011. KOM(2011) 15	181
Bilag 13: Dansk Erhvervs hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896	188
Bilag 14: AC's hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896.....	191
Bilag 15: DI's hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896.....	195

1. INDLEDNING

Det private erhvervsmarked i EU er styret af markeds kræfter, hvorfor konkurrence naturligt er i højsæde. Virksomheder har stort fokus på deres likviditet herunder, hvorledes de bedst udnytter likviditeten for at være og forblive konkurrencedygtige og derigennem skabe profit. Det samme gælder ikke altid for offentlige indkøbere, der, ud over at skulle overholde budgetter, ofte kan have andre hensyn, der i lige så høj grad ønskes varetaget. Disse hensyn, såsom national eller lokal favorisering samt sociale hensyn, kan resultere i, at kontrakten ikke altid tilkommer de leverandører, hvor de statslige likvider, set ud fra en økonomisk betragtning, bliver anvendt bedst muligt. Såfremt dette er tilfældet, opretholdes den effektiv konkurrence ikke, hvilket grundlæggende modvirker EU's bestræbelser på at skabe et indre marked med fri bevægelighed af kapital, varer, tjenesteydelser samt etableringsretten.² Dette var før udbudsdirektivernes tilstedekomst til dels acceptabel, da offentlige indkøb tidligere blev anset som et nationalt reguleret område frem for at se på offentlige indkøb i et fællesskabsretligt perspektiv. Den ordregivende myndighed skulle dog overholde daværende traktatbestemmelser herunder forbuddet mod nationalitetsdiskrimination,³ men der var ikke videre fokus på europæisk offentlige indkøb.

Der er siden sket meget på retsområdet for offentlige indkøb og i dag reguleres en stor del af de offentlige indkøb af direktiver vedtaget af EU.⁴ Det kan dog være vanskeligt at regulere på området, da både de ordregivende myndigheders interesser skal varetages, samtidig med, at konkurrencen skal opretholdes. EU har længe været bekendt med blandt andet de mange barrierer for små og mellemstore virksomheder, når de deltager i offentlige udbud. Dette forhold betyder, at det indirekte forekommer en skævvridning ved tildeling af offentlige kontrakter, hvilket på sin vis kan betragtes som stridig over for traktatens principper om opretholdelse af et effektivt marked uden konkurrenceforvridning.⁵ Dermed har spørgsmålet længe været om og i så fald, hvordan EU gennem lovgivningen kan forbedre adgangen for disse virksomheder med henblik på at forbedre det indre marked uden at gå på kompromis med EU's grundværdier eller de udbudsretlige principper.⁶

De udbudsretlige principper er afledt af traktatens principper og omfatter; ligebehandling, gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse og proportionalitet, jf. præambelens nr. 2, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF. Derudover er der udviklet et princip om forhandlingsforbud.⁷

Der forsøges nu fra EU's side at revidere de nugældende udbudsdirektiver⁸ gennem vedtagelse af blandt andet ét nyt direktivforslag⁹ på området for offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige

² Lissabontraktaten - Traktaten om den europæiske funktionsmåde (TEUF) art. 26 vedr. oprettelse af det indre marked med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, art. 45, vedr. arbejdskraften fri bevægelighed, art. 49 vedr. etableringsretten, art. 56 vedr. fri udveksling af tjenesteydelser og art. 63 vedr. frie kapitalbevægelser.

³ TEUF art. 18. Tidligere i EF-traktaten art. 12.

⁴ Se afsnit 1.2.1 - Historisk tilbageblik på SMV'ernes betydning for det indre marked

⁵ Et ræsonnement af forfatterne til pågældende speciale, som vil blive diskussion senere.

⁶ Grundværdier, hvor af ligebehandling specielt skal fremhæves, hvorfor favorisering er uhørt. Se også nærmere i afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

⁷ Se nærmere i afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, herefter benævnt *Direktivforslaget*. Direktivforslaget¹⁰ indeholder nogle ændringsforslag, der til dels har til hensigt at imødekomme de problematikker, som de små og mellemstore virksomheder står over for samtidig med at overholde de grundlæggende principper, som er grundlaget for EU's udbudsregler, herunder navnlig, gennemsigtighed og ligebehandling.¹¹ Spørgsmålet er dog, hvorvidt de pågældende ændringsforslag faktisk kommer til at ændre på den nuværende praksis for de små og mellemstore virksomheder.

Hermed er omdrejningspunktet for dette speciale opridset. De nedenstående underafsnit vil ikke blot være en introduktion til Specialet men tillige være en længere gennemgang af området for europæisk udbudsret samt EU's arbejde for og med små og mellemstore virksomheder. Afsnittene vil primært være beskrivende og relevante problemstillinger vil blive opridset, før læseren føres til problemformuleringen. Herved er læseren introduceret for emnet, når analyseafsnittene præsenteres umiddelbar herefter.

1.1 Offentlige EU-udbud gennem tiden

I 1970 blev det første udbudsdirektiv vedtaget.¹² Dette direktiv havde primært til hensigt at skabe større gennemsigtighed ved offentlige indkøb. Efterfølgende har det europæiske udbudsområde gennemgået flere ændringer ved vedtagelse af adskillige direktiver,¹³ samt ændringsforslag, med det formål at opretholde det indre marked og sikre endnu større gennemsigtighed.¹⁴ De hidtidige direktiver¹⁵ gennemgik en større revision i 2004, hvor de blev samlet til det vi i dag kender som *Udbudsdirektivet*. Samtidig blev der vedtaget et nyt udbudsdirektiv for forsyningsvirksomheder. Disse direktiver udgør tilsammen nugældende retsgrundlaget for offentlige indkøb, nemlig direktiv 2004/17/EF¹⁶ og 2004/18/EF.¹⁷

⁸ 2004/18/EF af 31. marts 2004 samt 2004/17/EF af 31. marts 2004, jf. også afsnit 1.1 - Offentlige EU-udbud gennem tiden

⁹ KOM (2011) 896 af 20. december 2011 *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*

¹⁰ Gennem specialet vil KOM (2011) 896 af 20. december 2011 refereres til som Direktivforslaget.

¹¹ Afsnit 2.5 – Begrebsforklaring. De nævnte principper er kun en del af de udbudsretlige principper som ligeledes omfatter; ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og forhandlingsforbuddet, jf. Udbudsdirektivets præambel nr. 2.

¹² Direktiv 71/304/EØF – det såkaldte liberaliseringsdirektiv

¹³ Der skal nævnes, men ikke begrænset hertil: Direktiv 71/305/EØF såkaldte bygge- og anlægsgdirektiv; 77/62/EØF såkaldte vareindkøbsdirektiv; 89/665 kontrolldirektiv; 92/50 vedrørende tjenesteydelsesaftaler. Der skete desuden en større revidering i 1993 for udbudsdirektiverne på bygge- anlægsområdet, vareindkøbsområdet og for forsyningsvirksomhederne.

¹⁴ Der er først i begyndelsen af 1900'erne, at direktiverne fik en praktisk betydning for retsgrundlaget i Danmark.

¹⁵ Såkaldte bygge- og anlægsgdirektivet, vareindkøbsdirektiv og tjenesteydelsesdirektivet, jf. fodnote 11 og 12.

¹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand, energiforsyning, transport samt posttjenester. Direktivet er senere blevet ændret for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter. Direktivet er implementeret direkte i dansk ret ved bekendtgørelse 2004-09-16 nr. 936. Benævnes efterfølgende *Forsyningsvirksomhedsdirektivet*.

Dette speciale tager udgangspunkt i bestemmelserne i 2004/18/EF, herefter benævnt *Udbudsdirektivet*, medmindre andet udtrykkeligt er angivet. Dette skal samtidig forstås som en henvisning til, at det ikke bliver nævnt såfremt der findes tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/17/EF. Såfremt der henvises til både Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet, benævnes disse *udbudsdirektiverne*.

Direktivernes primære formål er at sikre de grundlæggende traktatretlige frihedsrettigheder¹⁸ samt at opfylde visse andre politikker fra EU, som udbudsretten kan varetage inden for sine rammer.¹⁹ Desuden har de nugældende udbudsdirektiver til formål at skabe effektiv konkurrence i det indre marked, særligt ved at sikre udenlandske aktørers mulighed for at afgive tilbud og dermed sikre lighed mellem indenlandske og udenlandske aktører.

Udbudsdirektiverne samt den danske tilbudslov²⁰ indeholder krav og begrænsninger, som henholdsvis den ordregivende myndighed samt den økonomiske aktør er forpligtet til at påse ved indgåelse af offentlige kontrakter om anskaffelse af varer, tjenesteydelser og om udførelse af bygge- og anlægsarbejder. Forpligtelsen til at følge direktiverne vedrører tidsrummet fra, at den ordregivende myndighed beslutter, at der skal gennemføres en anskaffelse, og indtil der er truffet beslutning om tildeling af kontrakt med en uafhængig økonomisk aktør.

Begrebet "økonomisk aktør" dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder, jf. Udbudsdirektivets art. 1, stk. 8, 2. led. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten. Kontrahenten skal være en uafhængig part, hvorfor nogle anskaffelser ikke vil være omfattet af udbudsdirektiverne, såsom ordregiverens egen udførelse, (in house-reglen) jf. modsætningsvist art. 1 stk. 2 litra a.²¹

Udbudsdirektiverne opstiller regler for, *hvordan* kontrakten kan indgås, med *hvem* kontrakten kan indgås, og *hvorledes* kontraktgenstanden skal specificeres. Den direktivbestemte fremgangsmåde fremmer gennemsigtigheden af kontraktindgåelsesproceduren og begrænser risikoen for den ordregivende myndigheds skøn og favorisering, således at der opnås større konkurrence og lighed mellem de økonomiske aktører. Ydermere begrænses muligheden for at specificere kontrakter så meget, at kun en bestemt aktør kan varetage opgaven.

¹⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktivet er senere blevet ændret for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter. Direktivet er implementeret direkte i dansk ret ved bekendtgørelse af 16. september 2004 nr. 937, herefter ændret ved bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011. Benævnes efterfølgende *Udbudsdirektivet*.

¹⁸ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

¹⁹ Præambelen nr. 5. i direktiv 2004/18/EF og den tilsvarende i direktiv 2004/17/EF, præambelen nr. 12 vedr. miljøbeskyttelse samt nr. 43 i direktiv 2004/18/EF og den tilsvarende i direktiv 2004/17/EF, præambelen nr. 54 vedr. bekæmpelse af korruption herunder hvidvaskning.

²⁰ LBK nr. 1410 af 7. december 2007. Tilbudsloven er national lovgivning i modsætning til udbudsdirektiverne, der er fællesskabsretlig reguleret. Tilbudslovens regler svarer i flere henseender til reglerne i udbudsdirektiverne, og har ligeledes til formål at skabe konkurrence om offentlige kontrakter. Tilbudsloven finder anvendelse på kontrakter, hvis tærskelværdi ligger under udbudsdirektiverne men inden for tilbudslovens tærskelværdier.

²¹ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

Udbudsdirektiverne præciserer tydeligt sine afvejsninger mellem fleksibilitet ved kontraktindgåelse og EU's interesse i at sikre effektiv konkurrence på det indre marked,²² hvor ligebehandling²³ og gennemsigtighed²⁴ er i højsæde, og hvor den ordregivende myndighed tvinges til at anlægge en økonomisk vurdering ved gennemførelse af en offentlig anskaffelse.²⁵ Denne afvejning affødes i den ordregivende myndigheds mulighed for procedurevalg, hvor der alene kan vælges mellem offentligt udbud eller begrænset udbud ved indgåelse af offentlige kontrakter²⁶ med undtagelse af, at kravene for at anvende de specielle procedurer²⁷ er opfyldt.²⁸ Udbudsdirektivets begrænsninger i de normale udbudsprocedurer kan til tider volde problemer for både de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører, eftersom der grundlæggende er et forbud mod at forhandle.²⁹ Dermed kan det være svært at opnå større afklaring på det offentliges behov og efterfølgende at få tilpasset udbudsgrundlaget.³⁰

Kritikken vedrørende den manglende mulighed for forhandling og fleksibilitet i kontraktindgåelsen blev forsøgt imødekommet med udbudsformen "*konkurrencepræget dialog*", som blev indført med vedtagelse af Udbudsdirektivet i 2004. Denne udbudsform giver mulighed for at inddrage de økonomiske aktørers ekspertise og gennemføre forhandlinger med tilbudsgiverne. For at opretholde en vis respekt for de udbudsretlige grundprincipper begrænses anvendelsesområdet for denne procedure dog væsentligt.³¹

Konkurrencepræget dialog anvendes ved særlige komplekse kontrakter, hvor det er umuligt for den ordregivende myndighed objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, jf. 31. betragtning til Udbudsdirektivets præambel, art. 1, stk. 11, litra c, 2. led og art. 29.³²

Spørgsmålet er, hvorvidt moderniseringen af procedurerne i 2004 har været tilstrækkelig. Spørgsmålet er særligt interessant efter at markedsøkonomien har ændret sig drastisk, da den finansielle krise ramte i 2007. Herefter har der fra EU's side været et ønske om at forenkle og præ-

²² Det indre marked er baseret på henholdsvis sin orientering om fri bevægelighed og et forbud mod at forskelsbehandle virksomheder, jf. TEUF-traktatens artikel 18, 34, 45, 49, 56 og 63.

²³ Definitionen er opridset i afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

²⁴ Definitionen er opridset i afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

²⁵ Målet søges nået ved at anvende objektive og økonomisk baserede kriterier til tildelingen af en offentlig kontrakt.

²⁶ I Forsyningsvirksomhedsdirektivet har ordregiveren også mulighed for at vælge proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

²⁷ Disse omfatter; konkurrencepræget dialog, jf. art. 29, udbud med forhandling, jf. art. 30 og 31 samt de særlige udbudsformer som projektkonkurrence, jf. art. 66-74, elektroniske auktioner, jf. art. 54 og 14. betragtning til Udbudsdirektivets præambel, og dynamiske indkøbssystemer, jf. art. 33 og 13. betragtning til Udbudsdirektivets præambel. Samt muligheden for at centralisere offentlige indkøb ved brug af indkøbscentral, jf. art. 11, og rammeaftaler, jf. art. 32.

²⁸ Udbudsdirektivets art. 28

²⁹ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

³⁰ Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011, om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, *Udbudsbekendtgørelsens* § 12, stk. 1

³¹ Dette område vil blive særligt omtalt i hovedafsnit 6 – Konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab

³² Af Udbudsdirektivets art. 29 fremgår der ligeledes krav og betingelser, som den ordregivende myndighed skal opfylde, før denne kan anvende proceduren, konkurrencepræget dialog. Disse krav og betingelser vil blive yderligere gennemgået i afsnit 6 - Konkurrencepræget dialog og Innovationspartnerskab

cisere udbudsreglerne, så de harmonerer med og imødekommer nutidens udfordringer.³³ Det er yderligere et ønske fra EU's side at skabe vækst baseret på viden og innovation samt at opnå en mere konkurrencedygtig økonomi. Dette kan blandt andet opnås ved, at flere økonomiske aktører kan afgive innovative og konkurrencedygtige tilbud på offentlige kontrakter, hvorfor der er stor fokus på at ændre rammevilkårene for små og mellemstore virksomheder netop på dette område, således at barrierer elimineres, og der kan opnås et endnu bedre og mere effektivt indre marked i EU.

1.2 Små og mellemstore virksomheder

Som anført i de indledende bemærkninger, er et af grundprincipperne bag EU's udbudsregler, at de offentlige midler anvendes på bedst mulig vis ved at skabe øget konkurrence for disse indkøb, hvorfor der specielt er fokus på små- og mellemstore virksomheders plads på markedet for offentlige kontrakter, i det følgende benævnt SMV'er.

Definitionen af små og mellemstore virksomheder (SMV'er) er, jf. Kommissionens henstilling 2003/361/EF af 6. maj 2003, baseret på tre overordnede forhold; 1) Antal beskæftigede, 2) Finansielle tærskler 3) Virksomhedskategori. Definitionen omfatter alle virksomheder, hvis samlede antal beskæftigede ikke overstiger 250, samt ikke har en årlig omsætning på mere end 50 mio. EUR eller en årlig samlede balance på 43 mio. EUR. Henstillingen er udarbejdet på det grundlag, at der i det indre marked, uden interne grænser, bør være en fælles definition af SMV'er baseret på et fælles sæt regler jf. præambelen. Henstillingen afløser Kommissionens tidligere henstilling 96/280/EF af 3. april 1996. Det bemærkes, at det er denne definition, som der henvises til i resten af Specialet, når der henvises til SMV'er.³⁴

SMV'erne har stor betydning for EU's økonomi, da de udgør hele 99,8%³⁵ af den samlede virksomhedsstruktur i EU, hvilket ligeledes gør sig gældende i Danmark, hvor SMV'er udgør 99,7%³⁶ af den

³³ Blandt andet, Meddelelse fra Kommissionen KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010 "Europa 2020 – en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst." Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget KOM(2010) 546 af 6. oktober 2010 "Europa 2020-flagskibsinitiativ: Innovation i EU." KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt marked for offentlige indkøb" European Parliament resolution (2009/2175(INI)) af 18. maj 2010, "on new developments in public procurement." Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, "Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter" og derudover påpeges det blandt andet af DA jf. Bilag 1: Supplerende høringsnotat af 23. marts 2011, om Europa-Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 og Erhvervsudvalg, jf. Bilag 2: Erhvervsudvalgets udtalelse af 8. april 2011, om Europa-Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb KOM(2011) 15 af 27. januar 2011.

³⁴ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring.

³⁵ 99,8 % af alle virksomheder i EU er kategoriseret som små og mellemstore virksomheder jf. Bilag 3: *Annual Report on EU SMEs 2010/2011 - Are EU SMEs recovering? Client: European Commission, DG-Enterprise. Rotterdam, Cambridge, 2011* samt bilag 4: *SBA-Faktablad (Small Business Act) Danmark (2010/2011) European Commission, Enterprise and Industry*. Formålet med de årlige ajourførte faktablade er at øge forståelsen for de seneste tendenser og nationale politikker, der har indvirkning på SMV'er. – Rapporten samt faktablad udarbejdes årligt og er baseret på data fra "Eurostat Structural Business Statistical database."

danske virksomhedsstruktur. Derudover bidrager SMV'erne til den europæiske BNP med 58,4 % af værditilvæksten. I Danmark er tallet lidt højere, da SMV'ernes andel af værditilvæksten udgør 66,5%.³⁷ Det er derfor problematisk for konkurrencen, såfremt SMV'erne ikke har samme adgang til at kunne afgive tilbud på offentlige kontrakter, som de større virksomheder har. Af de nyeste tal fra EU fremgår det, at SMV'erne kun opnår en andel på 38%³⁸ af den samlede værdi af offentlige kontrakter, til trods for, at deres bidrag til økonomien og deres andel af virksomhedsstrukturen ligger langt højere. Alene i Danmark foretager de offentlige myndigheder årligt indkøb af varer og tjenesteydelser for ca. 270 mia. kr.³⁹ Der er derfor tale om et marked med store muligheder for vækst og konkurrence ved større inddragelse af SMV'erne.

1.2.1 Historisk tilbageblik på SMV'ernes betydning for det indre marked

Allerede i 1990'erne kom der fokus på SMV'ernes betydning for det indre marked, herunder det indre marked for offentlige indkøb.⁴⁰ I forbindelse med udarbejdelse af Grønbogen *om offentlige indkøb i EU, overvejelser for fremtiden*, forelagt af Kommissionen i 1996,⁴¹ blev der sat fokus på SMV'erne i forbindelse med reglerne om offentlige indkøb.⁴² Kommissionen fastslog i Grønbogen (1996), at SMV'erne havde visse vanskeligheder i forbindelse med offentlige udbud grundet deres størrelse.⁴³ Det blev derfor allerede i 1996 anset som et vigtigt element, at SMV'erne i større omfang skulle deltage i offentlige udbud, da de både tegnede sig for langt den største del af virksomhedsstrukturen og i stort omfang bidrog til værditilvæksten i EU.

Nogle af de problemstillinger Kommissionen fokuserede på i Grønbogen (1996) var, at SMV'erne havde svært ved at opfylde de uforholdsmæssige store kvalifikationskrav; at SMV'erne havde vanskeligt ved at få adgang til nødvendige oplysninger om udbuddet; at de ikke havde adgang til rådgivning i forbindelse med fortolkning af udbudsmaterialet.⁴⁴ Omkostningerne ved at afgive tilbud var ej heller uden betydning for SMV'erne.

Flere udtalelser, i forbindelse med ændringen af de første udbudsdirektiver, satte fokus på, at en forenkling af direktiverne kunne gøre det muligt for SMV'erne at afgive tilbud uden særlig juridisk

³⁶ Dette svarer til ca. 202.467 virksomheder, jf. Bilag 4.

³⁷ Bilag 4, s. 1

³⁸ Ibid., s. 8 samt KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 s. 28 f.

³⁹ Bilag 2, s. 2

⁴⁰ Blandt andet: Meddelelse fra Kommissionen til Rådet KOM(1990) 166 af 7. maj 1990 "*Fremme af små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige kontrakter i fællesskabet*". Meddelelse fra Kommissionen SEK(1992) 722 af 1. juni 1992 "*SMV's deltagelse i offentlige indkøb i fællesskabet*". Rådets resolution af 22. november 1993 EFT nr. C 326 af 03/12/1993 s. 1-4: "*om styrkelse af virksomheders konkurrenceevne, navnlig små og mellemstore virksomheder*"

⁴¹ KOM(1996) 583 af 27. november 1996.

⁴² Ibid. pkt. 1.6

⁴³ Ibid. pkt. 5.1

⁴⁴ Ibid. pkt. 5.5 – Der nævnes også problemer med hensyn til finansiering og frister med at skabe velfungerende partnerskaber mellem SMV'erne. Det bemærkes, at problematikken vedrørende adgang til nødvendige oplysninger skal ses i lyset af, at internettet ikke blev anvendt til udgivelse af udbudsmaterialet på samme vis, som det er tilfældet i dag.

eksperthjælp.⁴⁵ Også herhjemme var der fokus på SMV-problematikken. I 1999 udgav Konkurrencestyrelsen en rapport om perspektiver og barrierer for SMV'ers deltagelse i offentlige udbud.⁴⁶ Heraf fremgik det ligeledes, hvordan SMV'erne havde svært ved at byde ind på markedet for offentlige kontrakter. Specielt når der var tale om grænseoverskridende kontrakter.⁴⁷ De ovenfor nævnte problemstillinger blev herefter forsøgt afhjulpet på bedst mulig vis gennem vedtagelsen af de nye udbudsdirektiver i 2004.⁴⁸

1.2.2 Small Business Act og 2020 strategien – Øget fokus på SMV'erne

Efter fornyelsen af udbudsdirektiverne i 2004 forblev fokus på at fremme SMV'ernes position på det indre marked. Dette kom til udtryk i Kommissionens meddelelse, i folkemunde kaldet "Small Business Act" (i det følgende SBA) fra 2008.⁴⁹ Undersøgelsen bag denne meddelelse var, og er til dato, det største og mest omfattende initiativ vedrørende SMV'ernes plads i det indre marked. SBA'en består af en række forskellige initiativer og har til formål at skabe en ny politisk ramme for SMV'erne, der integrerer de allerede eksisterende instrumenter i EU.⁵⁰ SBA'en har ligeledes til formål at forbedre den overordnede tilgang til iværksætteri i EU ved at *tænke småt først*.⁵¹ Kernen i SBA'en er ti fælles vejledende principper, hvoraf der skal nævnes følgende to; *at skabe et mere iværksætterorienteret miljø med fokus på innovation og at forbedre SMV'ernes adgang til offentlige udbud*.⁵²

Som opfølgning på SBA'en kom Kommissionen i 2011 med en statusmeddelelse.⁵³ Her bemærker Kommissionen, at SMV'erne nu oplever færre administrative byrder i forbindelse med adgangen til offentlige udbud, og at de har bedre muligheder for at afgive fælles tilbud. På trods af dette sikrede SMV'erne sig kun 33 % af den samlede værdi af de udbudte kontrakter over Udbudsdirektivets tærskelværdier i perioden 2006-2008.⁵⁴

⁴⁵ Blandt andet; Regionsudvalgets udtalelse (97-C 244-06) af 11. august 1997 om Grøn bog "Offentlige indkøb i EU – overvejelser for fremtiden" pkt. 2.2.5 og Regionsudvalgets udtalelse (2001/C 144/08) af 16. maj 2001 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter", pkt. 2.2.1

⁴⁶ Konkurrencestyrelsen (1999) "Små og mellemstore virksomheders deltagelse i EU-udbud i udlandet" – Rapporten er udarbejdet med henblik på at tegne et billede af de mindre og mellemstore danske virksomheders deltagelse i offentlige udbud i udlandet, herunder de barrierer, som virksomhederne møder.

⁴⁷ Konkurrencestyrelsen (1999) s. 9 ff. samt s. 37 ff.

⁴⁸ Udbudsdirektiverne jf. afsnit 1.1 - Offentlige EU-udbud gennem tiden

⁴⁹ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget KOM(2008) 394 af 25. juni 2008 "Think small first - A "Small Business Act" for Europe."

⁵⁰ Instrumenter skal forstås som de områder hvor EU indenfor sine rammer har mulighed for at agere, herunder fx udbudsreglerne.

⁵¹ At tænke småt først henviser til, at EU og medlemsstaterne fremover, først og fremmest, skal have fokus på SMV'er ved udarbejdelse af lovgivning.

⁵² KOM(2008) 394 af 25. juni 2008, s. 10 og s. 14

⁵³ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget KOM(2011) 78 af 23. februar 2011 "Status vedrørende "Small Business Act" for Europa"

⁵⁴ KOM(2011) 78 af 23. februar 2011, s. 5

Det skal bemærkes, at Kommissionen finder disse tal tilfredsstillende. Dette må skulle anskues fra en kritisk synsvinkel, idet det er Kommissionen selv, som udgav SBA'en, hvorfor Kommissionen muligvis har interesse i, at en statusmeddelelse er positiv.⁵⁵

Alligevel er Kommissionen klar over, at der stadig er plads til forbedring, når det gælder SMV'ernes adgang til offentligt udbudte kontrakter. Dette kommer særligt til udtryk i Kommissionens Grønbog KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 samt i et arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene.⁵⁶

I 2010 offentliggjorde Kommissionen sin meddelelse om Europa 2020-strategien.⁵⁷ Dette er EU's nye langsigtede strategi for vækst og beskæftigelse, som skal være med til at få Europa stærkere ud af den finansielle og økonomiske krise.⁵⁸ Strategien foreslår tre gensidige forstærkede prioriteter; *intelligent vækst, bæredygtig vækst og inklusiv vækst*,⁵⁹ og fremsætter på dette grundlag syv flagskibsinitiativer for at sikre fremskridt inden for hvert område.⁶⁰ Et af disse flagskibsinitiativer⁶¹ fokuserer på SMV'erne og deres adgang til offentlige indkøbskontrakter.⁶² Derudover bærer 2020-strategien præg af et overordnet fokus på et mere konkurrencedygtigt Europa.⁶³

1.2.3 SMV'er og offentligt EU-udbud

Samtidig med SBA'en udgav Kommissionens tjenestegrene et arbejdsdokument – *Et kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter*, herefter benævnt *Kodekset*.⁶⁴

Formålet med kodekset er tostrengt: 1) Det giver vejledning til medlemsstaterne og deres ordregivende myndigheder om, hvordan de kan anvende EU's direktiver på en måde, som letter adgangen for SMV'erne. 2) Det sætter fokus på allerede benyttede nationale regler og national praksis, som øger SMV'ernes adgang til offentlige kontrakter.⁶⁵

Kodekset foreslår, at en øget inddragelse af SMV'erne vil resultere i en øget konkurrence om offentlige kontrakter, og dermed give de ordregivende myndigheder bedre nytteværdi for penge.⁶⁶ Før dette kan blive en realitet, er det dog nødvendigt at forbedre de problemområder, der modvirker SMV'ernes adgang.

⁵⁵ Forfatterne eget ræsonnement.

⁵⁶ Mere specifikt jf. afsnit 1.2.3 - SMV'er og offentlig EU-udbud samt afsnit 1.3 - Grønbogen – Den fremadrettede vej

⁵⁷ KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010

⁵⁸ Ibid., s. 2

⁵⁹ Blandt andet KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, s. 5. samt 2020-strategiens titel.

⁶⁰ Ibid., s. 5 og s. 10

⁶¹ Flagskibsinitiativet "Innovation i EU"

⁶² KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, s. 13

⁶³ Ibid., s. 5

⁶⁴ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008

⁶⁵ Ibid., s. 3

⁶⁶ Ibid., s. 3

I Kodekset opstilles der syv grupper af problemer, som SMV'erne står over for, hvilke bør elimineres mest muligt, før SMV'erne kan få optimal adgang til markedet for offentlige kontrakter.⁶⁷ Heraf skal nævnes: *problemer vedrørende kontraktens størrelse, problemer vedrørende fastlæggelse af kvalifikationsniveauer* – herunder finansielle krav; *for omfangsrig administrativ byrde*; *problemer vedrørende udbudsprocedurerne*.⁶⁸ Ved at have fokus på disse forhold vil udbudsreglerne opleves som mere *SMV-venlige*.⁶⁹

Ad den administrative byrde: Kodekset påpeger, at den administrative byrde skal holdes på et minimum, da SMV'erne ikke har kapacitet til at håndtere denne byrde.⁷⁰ Problemet opstår ofte i forbindelse med et udbuds indledende fase, hvor tidskrævende papirarbejde er blandt de mest almindelige klagepunkter fra SMV'erne. Det er særligt ved egnethedsundersøgelsen af de økonomiske aktører, hvor papirarbejdet er størst. Ofte skal der indhentes og fremlægges dokumentation af forskellig art, hvilket både kan være tidskrævende og vanskeligt særligt for SMV'er.⁷¹ Derfor er der i Kodekset fokus på, at den administrative byrde i forhold til dokumentationskravene skal lettes mest muligt for at åbne yderligere op for adgangen til de offentlige kontrakter.

Ad de finansielle krav: Endvidere er der i kodekset stor fokus på, at udvælgelseskriterierne i udbudsdirektiverne fastsættes forholdsmæssigt efter kontraktens genstand.⁷² Dette gælder de finansielle krav som de økonomiske aktører skal opfylde for at afgive tilbud. Problemet er, at ordregivende myndigheder fastsætter alt for høje kriterier til fx regnskabstal og garantier, og derigennem udelukker SMV'erne fra at deltage i udbuddet, hvilket begrænser konkurrencen.⁷³ Det bemærkes, at de pågældende kriterier ikke kun dækker over formåen og egnethed, men også finansielle garantier, som de ordregivende myndigheder kan kræve.

Ad udbudsprocedurerne: Derudover er der begrænsninger ved at anvende de udbudsformer, som opfordrer tilbudsgivere til at komme med innovative løsninger, heriblandt konkurrencepræget dialog. Der har siden etableringen af den europæiske udbudsret været diskussioner om, hvordan udbudsformerne bedst muligt kan udvikles og forenkles.⁷⁴ Særligt har der været diskussioner vedrørende manglende råderum for kreative løsninger, idet udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed ofte har stået i vejen for omfattende dialog mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiver.⁷⁵ Derfor opfordres der også i Kodekset til at lette adgangen til de dialogbaserede udbudsprocedure, således der opnås bedre adgang for innovative løsninger. Dette vil navnlig gavne SMV-sektoren, da det ofte kan være SMV'erne som er kilde til innovationer.⁷⁶ Derfor

⁶⁷ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 2

⁶⁸ Ibid., s. 2

⁶⁹ Begrebet citeret fra SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008 s. 5

⁷⁰ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 17

⁷¹ Ibid., s. 17

⁷² Ibid., s. 14

⁷³ Ibid., s. 15

⁷⁴ Nærmere herom i afsnit 6.1 - Baggrunden for konkurrencepræget dialog

⁷⁵ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 18

⁷⁶ Ibid., s. 18

opfordrer Kommissionen til, at der foretages en revidering af procedurerne med fokus på at lette adgangen til de dialogbaserede udbudsformer.⁷⁷

Ad kontraktens størrelse: Endeligt har SMV'er ofte påpeget, at de er udelukket fra at afgive tilbud på offentlige kontrakter på grund af deres begrænsede kapacitet.⁷⁸ Derfor er et af fokusområderne i kodekset, at en opdeling af kontrakterne i delkontrakter vil kunne komme dette problem i møde. Der henvises til, at en opdeling vil lette SMV'ernes adgang både kvalitativt og kvantitativt.⁷⁹ Med andre ord, eftersom SMV'erne ofte er specialiseret inden for et fagområde, vil kontraktens indhold gennem en kvalitativ opdeling i højere grad svare til dette område. Derudover vil en kvantitativ opdeling af kontrakten svare bedre til SMV'ernes kapacitetsniveau. Kodekset gør opmærksom på, at disse idéer ikke skal hindre de større virksomheder i at byde på kontrakterne. Derfor opstilles muligheden for, at der kan bydes på et ubegrænset antal af delkontrakter, såfremt et nyt forslag kræver, at kontrakten skal opdeles.⁸⁰ Dette må ses i forhold til, at de udbudsretlige principper skal overholdes – særligt princippet om ligebehandling.⁸¹

Disse nævnte problematikker skal ses som opfordringer til de ordregivende myndigheder om at øge fokus på disse problemområder, således at SMV'ernes adgang til at give tilbud på offentlige kontrakter lettes, hvilket efter nuværende retstilstand foregår ved frivilligt initiativer fra de ordregivende myndigheders side.

1.3 Grønbogen - den fremadrettede vej

Efter ovenstående gennemgang står det klart, at der fortsat er behov for forbedringer af Udbudsdirektivet, såfremt SMV'ernes adgang til offentlig kontrakter skal forbedres yderligere. Derudover er der fra EU's side, som benævnt, skabt en vision, den såkaldte 2020-strategi,⁸² om at forbedre Europas markedsøkonomi ved at have fokus på at udvikle viden og innovation og forstærke effektiviteten på tilgængelige ressourcer. Således kan EU opnå en mere konkurrencedygtig økonomi og få glæde af de afledte effekter såsom høj beskæftigelse og større social samhørighed i EU.⁸³ Det er ambitionen, at strategien skal være med til at hjælpe EU ud af den aktuelle økonomiske og finansielle krise.⁸⁴ Strategiens succes er blandt andet afhængig af effektiviteten for offentlige indkøb, herunder inddragelsen af SMV'erne, hvorfor Kommissionen i 2011 har udgivet en Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, her efter benævnt *Grøn bogen*.⁸⁵ Denne tydeliggør en række idéer til, hvorledes reglerne for offentlige indkøb kan optimeres og dermed medvirke til opfyldelse af de forskellige mål i den europæiske

⁷⁷ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 19

⁷⁸ Ibid., s. 6

⁷⁹ Ibid., s. 7

⁸⁰ Ibid., s. 7

⁸¹ Afsnit 1.1 - Offentlige EU-udbud gennem tiden

⁸² KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, jf. også afsnit 1.2.2 - Small Business Act og 2020 strategien – Øget fokus på SMV'erne

⁸³ KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, s. 10 ff.

⁸⁴ Ibid., s. 2.

⁸⁵ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 s. 3 ff.

2020-strategi. Grønbogen har, ligesom dens forgænger, fokus på SMV'erne, hvilket i det følgende gennemgås.⁸⁶

1.3.1 Udvalgte problematikker

Overordnet set er målet at forenkle systemet for offentlige indkøb samtidig med at gøre det mere smidigt, således der sikres en bedre udnyttelse af offentlige midler.⁸⁷ Dette må betragtes som yderst relevant i disse tider, hvor EU's medlemsstater oplever alvorlige budgetmæssige begrænsninger. Et af Grønbogens fokusområder er at forbedre EU's udbudsregler til gavn for innovative SMV'er.⁸⁸

Grønbogens fokusområder er yderst sammenfaldene med det tidligere benævnte Kodeks, hvorfor nedenstående kan virke som en gentagelse. Derfor vil dette kort beskrives med større grad af fokus på Grønbogens løsningsforslag.

For det første foreligger der allerede barrierer i udvælgelsesfasen, når de økonomiske aktører skal ansøge om deltagelse. Dokumentationen, som den ordregivende myndighed kræver fremlagt, indebærer ofte en administrativ byrde for SMV'erne,⁸⁹ ikke mindst hvis dokumentationen skal oversættes ved grænseoverskrivende udbud. Grønbogen foreslår, at de økonomiske aktører kun sender et sammendrag af dokumentationerne og/eller sender en erklæring på tro og love om, at vedkommende kan opfylde kravene.⁹⁰ Herved vil det kun blive de(n) valgte tilbudsgiver(e), som skal opfylde dokumentationskravene til udvælgelseskriterierne ved at sende de faktisk efterspurgte støttedokumenter. Dette støttes af de hørte parter.⁹¹

Desuden fastsætter den ordregivende myndighed ofte udvælgelseskriterier, som opleves utilsigtet diskriminerende over for SMV'er. Disse kriterier har hjemmel i Udbudsdirektivet art. 47-52, og omfatter ansøgernes økonomiske formåen, herunder omsætning, egenkapital samt likviditetsforhold, og/eller krav til den teknisk og faglig formåen, herunder referencelister over tidligere udført arbejde, faglig kapacitet og teknisk udstyr.⁹² Den manglende proportionalitet mellem krav og anskaffelsens størrelse kritiseres både af Erhvervsudvalget,⁹³ Statens og Kommunernes Indkøbs Service (SKI)⁹⁴ og Dansk Erhverv.⁹⁵ Hertil foreslår Grønbogen at indføre en grænse over kravenes størrelse, således udvælgelseskriterierne afbalanceres med den offentlige anskaffelse.⁹⁶

Desuden skitserer Grønbogen procedurereformerne, som blev indført i direktiverne i 2004, såsom konkurrencepræget dialog, dynamiske indkøbssystemer, elektroniske auktioner samt muligheden

⁸⁶ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 – nærmere spørgsmål nr. 36 samt 46-52 er særligt rettet mod SMV'erne.

⁸⁷ Ibid., s. 3 ff.

⁸⁸ Dette støttes også af daværende siddende liberale regering i 2011, Bilag 2, s. 3.

⁸⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

⁹⁰ Ibid., s. 29

⁹¹ Bilag 1, s. 14.

⁹² KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

⁹³ Bilag 2, s. 5

⁹⁴ Beskrivelse af SKI fremgår af afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

⁹⁵ Bilag 1, s. 13

⁹⁶ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 30 jf. spørgsmål 51.

for at foretage indkøb ved benyttelse af en indkøbscentral eller rammeaftaler.⁹⁷ Disse "nye" proceduremuligheder har allerede innovationen for øje.⁹⁸ Grønbogen lægger op til, at der ønskes en undersøgelse af henholdsvis procedurernes anvendelsesområde, og om de er effektive til opfyldelse af deres mål, herunder at forbedre EU's udbudsregler til gavn for innovative SMV'er.⁹⁹ I Europaudvalgets høringsnotat til Grønbogen tydeliggør adskillige danske aktører,¹⁰⁰ at innovationen bedst fremmes ved at lade løsningsmodellerne til en anskaffelse præciseres af tilbudsgiverne, frem for at det er specificeret og veldefineret i udbudsmateriale i så høj grad, at innovative løsningsforslag hæmmes. Det vil sige en funktionsbestemt beskrivelse snarere end en detaljeret teknisk specifikation af indkøbet. Ydermere konstaterer Grønbogen, at; "*Europa har et kæmpestort og uudnyttet potentiale med hensyn til at fremme innovation gennem offentligt indkøb...*".¹⁰¹

Endeligt diskuterer Grønbogen, at en bedre udnyttelse af SMV'erne vil kunne tilskyndes ved hjælp af underentreprise, således at SMV'erne indirekte opnår et fordelagtigt udbytte af de offentlige likvider tilegnet offentlige anskaffelser.¹⁰² Der findes allerede en forpligtelse i Udbudsdirektivet art. 60, som giver de ordregivende myndigheder mulighed for at opdele kontrakten og tildele en del af denne til tredjemand. Grønbogen går ikke mere i dybden med denne problematik, og der har ej heller i høringsvarene til Grønbogen været den store diskussion vedr. dette område. Dog opfordres de ordregivende myndigheder til at opstille mål for SMV'ernes andele af det samlede indkøb, uden at dette vil betyde en reservation af kontrakter til SMV'erne.¹⁰³ Danske Arkitektvirksomheder har anført, at det vil bureaukratisere udbudsreglerne, såfremt den valgte tilbudsgiver forpligtes til at dele kontrakten i underentrepriser.¹⁰⁴ Der foreligger ingen garanti for, at underentreprisen tilfalder SMV'er, da ordregiveren næppe vil kunne pålægge tilbudsgiveren at dele kontrakten med en bestemt type virksomheder.

Efter Grønbogen og de efterfølgende høringsvar blev der i december 2011 fremsat et lovgivningsforslag til et nyt direktiv om offentlige indkøb, herefter benævnt som *Direktivforslaget*.¹⁰⁵ Dette har til formål at erstatte det nuværende Udbudsdirektiv. Det tiltænkes, at modernisering af Udbudsdirektivet vil stemme bedre overens med målene for 2020-strategien, herunder bedre udnyttelse af SMV'ernes potentiale med stadig fastholdelse af de grundlæggende frihedsrettigheder og de udbudsretlige principper.¹⁰⁶

⁹⁷ Som tidligere benævnt i afsnit 1.1 – Offentlige EU-udbud gennem tiden

⁹⁸ Det skal nævnes, at projektkonkurrence i forbindelse med indkøb af tjenesteydelser allerede giver mulighed for at innovative idéer fremlægges.

⁹⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 35 ff.

¹⁰⁰ Dansk Erhverv og DI, jf. Bilag 1, s. 19, samt erhvervsudvalget, jf. Bilag 2, s. 2

¹⁰¹ Citat fra KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 46

¹⁰² KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 30

¹⁰³ Ibid., s. 30

¹⁰⁴ Bilag 1, s. 14

¹⁰⁵ KOM(2011) 896 af 20. december 2011 - *Forslag til europa-parlamentet og rådets direktiv om offentlige indkøb*

¹⁰⁶ Afsnit 1.1 - Offentlige EU-udbud gennem tiden

2. PROBLEMSTILLING SAMT METODEVALG

Behovet for et velfungerende og effektivt europæisk marked for offentlige indkøb er større end nogensinde, og derfor er det vigtigt, at der er fokus på at forbedre SMV'ernes adgang til det europæiske marked for offentlige indkøb. Bedre udnyttelse af det latente potentiale hos SMV'erne vil kunne imødekomme mange af de udfordringer EU's medlemsstater oplever i dag.

De grundlæggende målsætninger for det indre marked for offentlige indkøb, såsom udvidelse af den kreds af leverandører, som ordregiverne gør brug af, samt styrkelse af konkurrencen inden for EU vil lettere kunne realiseres, hvis SMV'ernes adgang til at deltage i udbudsforretninger fremmes. Herved vil det indre marked bedst muligt kunne udnytte SMV'ernes potentiale for vækst, innovation og beskæftigelse og dermed være med til at imødekomme nogle af de mål, som fremgår af den europæiske 2020-strategi.¹⁰⁷

I den forbindelse er det relevant at se nærmere på, hvilke tiltag der faktisk foretages for at opnå bedre adgang for SMV'er i forbindelse med offentlige indkøb. Både Kodekset fra 2008¹⁰⁸ samt Grønbogen fra 2011¹⁰⁹ hæfter sig særligt ved følgende problematikker, som kan lette SMV'ernes adgang; *kontraktens størrelse; fastlæggelse af rimelige kvalifikationsniveauer og finansielle krav; lempelse af den administrative byrde; forenkling af udbudsprocedurerne; samt opprioritering af nytteværdi snare end pris gennem hovedsageligt innovative løsninger.*

Disse problematikker ønskes imødekommet i Direktivforslaget af december 2011, der har til hensigt at revidere Udbudsdirektivet.¹¹⁰

2.1 Problemformulering

Med udgangspunkt i ovenstående er det interessant at undersøge retstilstanden i henhold til Udbudsdirektivet samt i henhold til det af Kommissionen fremsatte Direktivforslag for at belyse, hvorvidt, og såfremt hvordan, den pågældende problemstilling imødekommes gennem en revidering af Udbudsdirektivet. Følgende problemformulering fastlægger hermed området for dette Speciale;

Vil de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter lettes i det af Kommissionen fremsatte direktivforslag om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter?

¹⁰⁷ KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010

¹⁰⁸ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008

¹⁰⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011

¹¹⁰ Forslag til Europaparlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb - KOM(2011) 896 af 20. december 2011, jf. nærmere afsnit 3. - Direktivforslaget

Til afdækning af problemformuleringen tages der udgangspunkt i Direktivforslagets væsentligste ændringer set i forhold til nugældende Udbudsdirektiv med henblik på SMV-problematikken.

Disse ændringer har deres udgangspunkt inden for forskellige dele af udbudsretten – herunder udbudsprocessen og fremgår af følgende udtømmende liste; *den administrative byrde – herunder dokumentationskravene, udvælgelseskriterierne – herunder økonomisk formåen, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab samt delkontrakter og underentrepriser*. Samtlige af disse områder indeholder ændringer, som er foreslået med henblik på at lette SMV'ernes adgang.¹¹¹ De nævnte direktivændringer vil danne grundlag for Specialets forskellige analyseafsnit. Dermed fastholdes Specialets problemfelt til *kun* at vurdere, hvorvidt EU gennem en revidering af Udbudsdirektivet faktisk opnår at forbedre de områder, som tidligere har været genstand for diskussion vedrørende SMV'erne i medlemsstaterne.

I de følgende afsnit vil problemstillingen og Specialets omfang blive yderligere afgrænset, ligesom metode, litteraturvalg samt retskilder vil blive gennemgået. Herefter gengives Specialets disponering i en grafisk oversigt. Endeligt vil der blive foretaget en begrebsafklaring af udvalgte begreber.

2.2 Afgrænsning

På grund af problemfeltets omfang skal Specialets problemområde afgrænses yderligere, således Specialet holder sig inden for de af universitet udstukne rammer. I det følgende fastlægges det område Specialet vil bevæge sig inden for.

Juridisk afgrænsning

Specialet tager afsæt i Europa-parlamentet og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af den 31. marts 2004, som benævnt *Udbudsdirektivet*, samt forslag til Europa-parlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb KOM(2011) 896, som benævnt *Direktivforslaget*. Dermed vil der ikke forekomme henvisninger til Forsyningsvirksomhedsdirektivet, på trods af at bestemmelserne heri kan være sammenfaldende med Udbudsdirektivet. Derudover afgrænses Specialet til at behandle den europæiske udbudsret, og dermed udelukker behandling af den danske tilbudslov.

Det skal tydeliggøres, at SMV'erne er fundamentet for dette speciale, hvorfor det er relevant at bemærke, at Specialet afgrænser sig fra at diskutere ændringer i Direktivforslaget, som ikke har relevans for SMV'ernes position på det europæiske marked for offentlige indkøb. Det skal heller ikke udelukkes, at Direktivforslaget indeholder ændringer, der påvirker SMV'erne, som ikke belyses, i dette speciale. Specialets fokus er rettet mod de ændringer, som Kommissionen har fremsat i Direktivforslaget, der vedrører de i indledningen beskrevne problematikker for SMV'erne. Herunder hvordan disse ændringer faktisk tager sig ud, om de ændrer den nuværende praksis, samt diskussion af *hvorvidt* og eventuelt *hvordan* disse ændringer påvirker SMV'erne.

Afgrænsning i forhold til udbudsformer

I forbindelse med analysen af udbudsformen *konkurrencepræget dialog* skal det bemærkes, at der kun bliver foretaget en analyse af denne samt den nye procedureform *innovationspartnerskab*, da

¹¹¹ Direktivforslaget, s. 11 f.

omfanget af dette speciale ikke tillader uddybning af de øvrige udbudsformer. Baggrunden for, at det netop er disse pågældende udbudsformer, er, at det er disse udbudsformer hvorigennem innovative løsninger skal hentes.¹¹² Derfor er disse procedurer særligt relevante i forbindelse med de problematikker, der omkranser SMV'erne.

Det bemærkes, at udbudsformen udbud med forhandling kort vil blive benyttet som sammenligningsgrundlag for konkurrencepræget dialog til belysning af de forskellige principper, der omkranser de forhandlingsbaserede procedureformer. Udbudsformen anvendelsesområde vil derfor ikke blive analyseret.

Afgrænsning i forhold til retspraksis:

Endvidere har den tidsmæssige begrænsning i forbindelse med udarbejdelse af Specialet medført, at vi har set os nødsaget til at begrænse os til de danske fortolkninger af udbudsreglerne. Dette vil fremgå ved vores inddragelse af kendelser fra det danske Klagenævn for Udbud, herefter *Klagenævnet*. Dermed er der ikke inddraget kendelser fra andre medlemsstaters klagenævn eller lignende instanser.

Yderligere orientering:

Afslutningsvis skal det nævnes, at der undervejs i Specialet vil blive foretaget en yderligere afgrænsninger af emneområderne, såfremt det findes relevant i den pågældende analyse. Denne metode er valgt på baggrund af pædagogiske hensyn, da dette vil forbedre læserens forståelse, i modsætning til at gennemgå alle disse afgrænsninger under dette kapitel. Afgrænsningerne vil blive vist med fodnote. Det påpeges dog, at alle større relevante afgrænsninger i forbindelse med det overordnede problemfelt er blevet foretaget i dette afsnit, og yderligere afgrænsninger kun vil være for forståelsens skyld.

2.3 Metode

Specialet er skrevet i overensstemmelse med retningslinjerne udstedt af Aalborg Universitet (AAU), hvorfor disse har indflydelse på blandt andet Specialets omfang. Disse retningslinjer er rimelig brede i forhold til formalia, dog skal det bemærkes, at Specialets længde er meget tæt på grænsen for, hvad der kan accepteres. Da retningslinjerne stadig overholdes, har dette været en nødvendighed, for at omfavne Specialets problemstilling tilfredsstillende, og i sidste ende svare på problemformuleringen.

Specialet vil i sin form bestå af fire analyser. Der vil således blive foretaget en særskilt analyse af de i Direktivforslaget nye tiltag, som kan have indvirkning på SMV'ernes adgang til offentlige EU-udbudte kontrakter.

Kommissionen har gennem Direktivforslaget forsøgt at revidere udvalgte dele af Udbudsdirektivet med henblik på at komme de omtalte problematikker i møde. Hvorvidt revideringen, og de heraf affødte nye betingelser samt tiltag, opnår det ønskede mål med at forbedre adgangsmuligheden for SMV'erne, vil være omdrejningspunktet for dette speciale. De fire analyseafsnit er følgende;

¹¹² Nærmere om dette i hovedafsnit 6 – Konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab

- *den administrative byrde med særlig fokus på dokumentationskravene,*
- *udvælgelseskriterierne med særlig fokus på kravene til økonomisk formåen,*
- *udbudsprocedurerne, med særlig fokus på konkurrencepræget dialog samt den nye procedure innovationspartnerskab, og*
- *kontrakternes størrelse, særligt med fokus på delkontrakter og underentrepriser.*

Hvert område er udtryk for et sted i udbudsprocessen, hvor SMV'ernes adgang søges lettet gennem enten et helt nyt tiltag eller gennem en revidering af allerede gældende bestemmelser. Analyserne vil blive foretaget i ovennævnte rækkefølge. Dette er ikke udtryk for analysernes relevans eller størrelse, men derimod et udtryk for at områderne vil blive analyseret i den rækkefølge, der er naturlig i selve udbudsprocessen.

Hver analyse vil først og fremmest indeholde en vurdering af nuværende retstilstand eller anvendelsesområde for den pågældende bestemmelse, som den forefindes i Udbudsdirektivet. Såfremt der er praksis på området vil dette blive inddraget for at klarlægge retstilstanden. Dernæst vil der blive foretaget en analyse af Direktivforslagets nye bestemmelse eller ændring, som har betydning for netop dette område og den hertil knyttede SMV-problematik. Endelig vil det blive vurderet, hvorvidt der vil ske en ændring af den nuværende praksis på området. Dette holdes op mod det formål, som bestemmelsen er indsat med i Direktivforslaget. Derudover vil der i analyserne gennemgående blive konkluderet på hvorvidt ændringerne opnår den tilsigtede virkning med henblik på at lette SMV'ernes adgang til de offentlige kontrakter. Det bemærkes derudover, at der løbende gennem Specialets analyser vil blive foretaget en vurdering af hensigtsmæssigheden af både de nugældende bestemmelser men også af ændringsforslagene. Hensigtsmæssigheden vil både blive vurderet ud fra de ordregivende myndigheders perspektiv samt de økonomiske aktørers perspektiv, herunder SMV'erne.

Efterfølgende diskussionsafsnit vil inddrage andre forhold af relevans i forbindelse med de analyserede problemområder og vil se på disse i et større perspektiv. Herunder vil der blive foretaget en diskussion om, hvorvidt Kommissionens mål faktisk kan opnås gennem lovgivning. Derefter vil det være muligt endeligt at konkludere, hvorvidt SMV'ernes adgang faktisk er blevet lettet.

Specialet vil, som anført, alene have fokus på *ændringer* eller *helt nye forslag* i Direktivforslaget og herved ikke de gældende bestemmelser i Udbudsdirektivet, som videreføres mere eller mindre direkte i Direktivforslaget. Udbudsdirektivet indeholder allerede bestemmelser, som kan have en positiv effekt på SMV'ernes barrierer, såfremt disse bliver anvendt, eller bliver anvendt *korrekt*. Alle disse muligheder, som er fastholdt i Direktivforslaget, vil ikke være genstand for analyse. I stedet for vil disse kort blive diskuteret i Specialets perspektivering. Dette bidrager til afslutningsvis at samle samtlige forhold, som kan påvirke SMV'ernes adgang, og derved give Specialet en helhed.

2.3.1 Juridisk metode

Dette speciale tager udgangspunkt i en juridisk problemstilling, som primært omhandler SMV'ernes adgang til offentlige EU-udbud. Den juridiske metode tager dermed udgangspunkt i både national retsforståelse og europæisk retsforståelse, med fokus på sidstnævnte.

I Specialet vil der hovedsageligt blive anvendt en retsdogmatiske metode til behandling af dets problemstillinger. Det betyder, at der vil blive taget udgangspunkt i lovstiftede regler for at finde frem til gældende ret, det vil sige en anvendelse af de tilstedeværende retskilder, som domstolene og klagenævn følger og fortolker praksis ud fra. For at vores analyse kan anses for valid følges den juridiske metode benævnt i dette afsnit udførligt gennem hele Specialet.

De tilstedeværende retskilder vil omfatte; dansk lovgivning herunder love og bekendtgørelser, europæisk lovgivning herunder traktatbestemmelser, direktiver samt direktivforslag. Desuden vil der blive inddraget yderligere kilder som bidrag til fastlæggelse af problemområdet samt som fortolkningsbidrag.¹¹³

De i Specialet anvendte traktatbestemmelser skal til enhver tid anses som primær ret, hvor de anvendte direktiver skal anses som sekundær men bindende ret. Der vil hovedsageligt blive taget udgangspunkt i den bindende sekundære ret, da Specialets problemstilling har fundament her.

For at opfylde betingelserne for anvendelse af den juridiske metode vil fortolkning derfor følge dansk rets almindelige fortolkningsregler, herunder hovedsageligt en ordlydsfortolkning og formålsfortolkning, af bestemmelserne. Fortolkningen vil bestå af objektiv og subjektiv fortolkning. Objektiv fortolkning skal forstås som en fortolkning, der holder sig til bestemmelsernes ordlyd, hvorimod den subjektive fortolkning skal forstås som en fortolkning, der inddrager de bagvedliggende formål. Formålsfortolkningen vil inddrages i det omfang, det vil medvirke til at forstå bestemmelsens indhold. I dette tilfælde er de af Direktivforslagets analyserede bestemmelser hovedsageligt indsat på baggrund af særligt ét bestemt formål, nemlig at lette SMV'ernes adgang til offentlige EU-udbud. På denne baggrund tages der især udgangspunkt i europæisk ret, og en formålsfortolkning vil til enhver tid ske med baggrund i EU-retten og de hertil hørende principper i henhold til TEUF.

Derudover vil der som fortolkningsbidrag til den bindende sekundære ret, udover den objektive og subjektive fortolkning, blive inddraget ikke bindende europæiske retskilder. Disse vil primært bestå af meddelelser, henstillinger samt udtalelser, ligesom præambelen samt andre indledende bemærkninger vil blive anvendt. Endvidere vil der, for så vidt det forefindes, inddrages retspraksis og anden praksis af betydning i forbindelse med fortolkning og fastlæggelse af retstilstanden.

Der vil blive anvendt to forskellige retsteoretiske udgangspunkter i dette Speciale. Analysen af nuværende retstilstand vil tage udgangspunkt i en retspositivistisk tilgang, idet gældende ret fortolkes ud fra, hvad der er. Eftersom en stor del af Specialets fokus omhandler, hvordan de nye regler i Direktivforslaget skal fortolkes, vil denne del af analysen blive foretaget på andet grundlag. I det der er tale om et direktivforslag, er der endnu ikke praksis på området, der kan bidrage til en fortolkning eller forståelse af de omtalte regler. Dermed vil tilgangen til denne del af analysen læ-

¹¹³ Afsnit 2.3.2 - Litteraturvalg og retskilder

ne sig over mod naturretten, idet der bliver lagt vægt på andre kriterier i besvarelsen af, hvad der efter Direktivforslaget bliver gældende ret herunder en fortolkning af retsreglernes reelle indhold.

2.3.2 Litteraturvalg og retskilder

Afsnittet er en kort gennemgang af litteraturvalg, dette hænger sammen med tidligere afsnit om juridisk metode, hvorfor dele vil blive gentaget.

Retskilder anvendt i Specialet angår relevant lovgivning herunder danske bekendtgørelser og lov-bekendtgørelser samt europæiske traktatbestemmelser, direktiver og forslag. Derudover vil der blive inddraget andre dokumenter fra EU herunder meddelelser og arbejdsdokumenter og ligeledes inddrages diverse høringssvar, udtalelser, vejledninger og artikler. Endvidere inddrages kendelser fra Klagenævnet. Der anvendes derudover litteratur til at understøtte den beskrivende del af projektet.

Dokumentation og kilder anvendt i dette speciale er udførligt valgt for at opnå det tilstrækkelighedskrav, der kræves af et juridisk-videnskabeligt speciale. De udvalgte kilder understøtter derved både den retsdogmatiske metode samt underbygger den mere praktiske synsvinkel, som er gennemgående i Specialet i forhold til SMV-problematikken. Dette kommer blandt andet til udtryk ved, at der henholdsvis inddrages retskilder fra EU's institutioner, som anvendes i forbindelse med fortolkning og fastlæggelse af området, samt at der bliver inddraget høringssvar samt undersøgelser fra diverse myndigheder, som har en mere praktisk vinkel til problemstillingen. Høringssvar, udtalelser, vejledninger og artikler anvendes alene for at understøtte de mere praktiske udsagn og har dermed ingen retskildeværdi.

Til opfyldelse af betingelser for videnskabelighed er vores arbejdsgang præget af en loyal undersøgelse af alle argumenter og kilder og derved ikke kun de omstændigheder, som støtter vores egne synspunkter.

2.3.3 Metodekritik

I forbindelse med udarbejdelse af dette speciale er der blevet foretaget en grundig undersøgelse af de områder, som behandles. I Specialet vil der dog kun blive anvendt kendelser fra Klagenævnet, hvilket har mindre retskildeværdi end afgørelser fra enten de danske domstole eller fra EU-domstolen. Samtlige af de i Specialet behandlede problematikker er gransket med henblik på at finde retspraksis på området, som vil kunne anvendes i en analyse af retstilstanden i dag. Faktum er dog, at der ikke findes domme fra hverken de danske eller den europæiske domstol, som kan anvendes til at fastlægge retstilstanden. Derfor vil der kun være fortolkningsbidrag fra Klagenævnet. Der ville opnås større præjudikatværdi, såfremt vores analyser kunne underbygges med en dom. Dette har dog ikke været muligt, og derfor anses Klagenævnet som dem, der på pågældende grundlag, kan give det bedste fortolkningsbidrag.

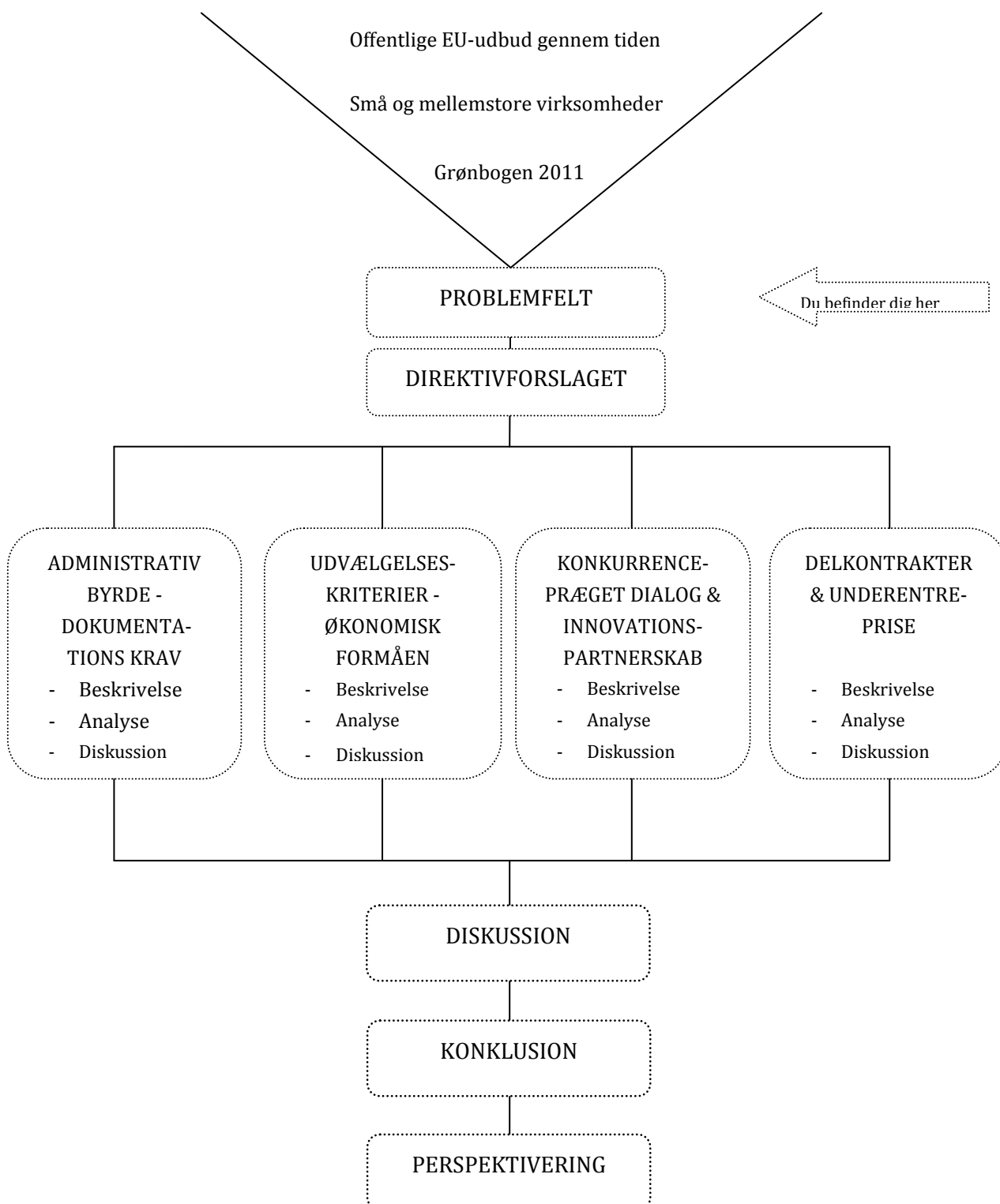
Der skal nævnes følgende i forhold til analysen af procedureformerne konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab. Her vil kendelserne, yderligere blive anvendt til belysning af, hvorvidt disse kendelser vil falde anderledes ud, såfremt betingelserne i Direktivforslaget bliver anvendt. Hertil skal bemærkes, at der selvfølgelig tages forbehold for, at der i diverse kendelser er blevet procederet ud fra de betingelser, som skulle opfyldes i henhold til Udbudsdirektivet. Derfor vil det

aldrig være muligt med sikkerhed at fastlægge, hvorvidt kendelsen ville være faldet anderledes ud. Vores vurdering vil derfor alene blive foretaget på baggrund af sagens omstændigheder.

Eftersom det ikke har været muligt at finde kendelser på samtlige områder som afdækkes i dette speciale, vil nogle analyseafsnit, som omtalt, blive fortaget ud fra en fortolkning af henholdsvis ordlyden og formålet med den pågældende bestemmelse.

2.4 Disponering

Eftersom problemfeltet er indsnævret, problemformuleringen er uddybet og metoden er fastlagt, gives der hermed et grafisk overblik over Specialet. For at besvare vores problemformulering vil Specialet være opdelt i fire analyser med tilhørende diskussioner af SMV-problematikken. Til slut vil disse dele blive opsamlet i en endelig diskussion, hvor de forskellige problematikker sammenholdes for til sidst at ende op i en konklusion som svarer på problemformuleringen.



2.5 Begrebsafklaring

Dette afsnit indeholder en kort afklaring af begreber som benyttes i Specialet. Afsnittes formål er at give læseren en dybere forståelse for nogle af de vigtige begreber, som kan forekomme i dette speciale. Nogle afklaringerne vil også fremgå undervejs i Specialet som en venlig påmindelse om, hvorledes det forholder sig. Begrebsafklaringen er alfabetisk opstillet, og kan benyttes som opslagsværk.

Det indre marked er baseret på henholdsvis sin orientering om fri bevægelighed og et forbud mod at forskelsbehandle virksomheder, jf. Traktaten om den europæiske funktionsmåde (TEUF) art. 18, 34, 45, 49, 56 og 63. TEUF art. 26, stk. 2 definerer det indre marked således; *"Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne."* Samme fortolkning anvendes i dette speciale.

Forhandlingsforbuddet fremgår hverken af Udbudsdirektivet eller af nogle af de andre direktiver. Det bliver dog stadig anset for et udbudsretligt hovedprincip. Princippet har til hensigt at indskrænke muligheden for drøftelser mellem ansøgere eller tilbudsgiver og de ordregivende myndigheder i udbudsprocessen med det formål at undgå forskelsbehandling. Forhandlingsforbuddet opstod i forbindelse med revisionen af bygge- og anlægsgesetz og det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektiv i 1993. Her blev EU's ministerråd og EU-Kommissionen enige om en fælleserklæring som fastlagde rammerne for forhandlingsforbuddet.¹¹⁴

Frihedsrettigheder: Traktaten indeholder i afsnit IV, kapitel 1-4 EU's grundprincipper. Disse skal sikre fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital. Herved skal personer samt produkter kunne bevæge sig frit inden for EU uden hindringer, således fx en virksomhed som udgangspunkt har ret til at etablere sig i et andet medlemsland på samme vilkår, som medlemslandets egne virksomheder.

Gennemsigtighedsprincippet fremgår udtrykkeligt af Udbudsdirektivets art. 2¹¹⁵ og har til hensigt at skabe lighed mellem de økonomiske aktører, således effektiv konkurrence om offentlige kontrakter opnås. Princippet kommer til udtryk flere steder i udbudsprocessen. Først og fremmest er det et krav, at der skabes åbenhed og offentlighed om selve det forhold, at den ordregivende myndighed ønsker sig en offentlig anskaffelse. I selve proceduren medvirker princippet til et klart og præcist udformet udbudsmateriale, ligesom materialets beskrivelse og den praktiske gennemførelse af processen er i overensstemmelse med hinanden.

Ligebehandlingsprincippet er udtrykkeligt beskrevet i Udbudsdirektivet art. 2.¹¹⁶ Princippet er det mest fundamentale princip i de europæiske udbudsregler, da de andre principper understøtter og/eller supplerer ligebehandlingsprincippet. Princippet er i sin fundamentale form et forbud

¹¹⁴ EFT L 111/114 af 30. april 1994 - *Ministerrådet og Kommissionens Fælleserklæring*

¹¹⁵ Udbudsdirektivets art. 2; *"De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde."* (Forfatterens egen markering)

¹¹⁶ Udbudsdirektivets art. 2; *"De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde."* (Forfatterens egen markering)

mod national diskrimination, som udmøntes af det generelle forbud i TEUF art. 18 mod national diskrimination. I dag har princippet udviklet sig således, at det tydeliggør, at det kun forpligter at behandle det *lige* lige og ikke behandle alle lige. Det vil sige, et forbud mod en forskelsbehandling, der ikke er saglig begrundet. Ydermere medfører princippet også en forpligtelse til at behandle det *forskellige* forskelligt, medmindre andet er sagligt begrundet. Overholdelse af ligebehandlingsprincippet skal vurderes både i forhold til de aktuelle tilbudsgivere, der er med i udbudsprocessen, men også i forhold til potentielle økonomiske aktører. Der må eksempelvis ikke ændres i udbudsgrundlaget, hvis det ville betyde, at andre økonomiske aktører, i så fald kunne have afgivet tilbud.

Offentlig kontrakt: Definitionen af en offentlig kontrakt er anført i Udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra a.¹¹⁷ En offentlige kontrakt skal forstås som en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder. Derudover skal kontrakten vedrøre udførelsen af arbejde eller levering af varer eller tjenesteydelser, som er omfattet af Udbudsdirektivet.

Ordregivende myndighed skal forstås som et begreb, der favner samtlige af de forpligtede i henhold til Udbudsdirektivet. Begrebet ordregivende myndighed afgrænser pligt-subjektet i henhold til Udbudsdirektivets art. 1 stk. 9. Udbudspligten er pålagt følgende ordregivende myndigheder: *Staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger* af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse organer. Begrebet vil blive anvendt gennem hele Specialet som en samlet betegnelse for disse aktører.

SKI – Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S er en indkøbscentral, der blev grundlagt som offentligt ejet aktieselskab i 1994. SKI bidrager til at effektivisere og professionalisere det offentlige indkøb i Danmark, blandt andet ved at indgå rammeaftaler, der er med til at sikre mængderabatter på de mest almindelige varer og ydelser til den offentlige sektor, jf. www.ski.dk. SKI har været i betydelig vækst siden grundlæggelsen, hvorfor flere udbud bliver centraliseret her.¹¹⁸

Små og mellemstore virksomheder (SMV'er): Jf. Kommissionens henstilling 2003/361/EF af 6. maj 2003 er definitionen af SMV'er baseret på tre overordnede forhold; 1) antal beskæftigede, 2) finansielle tærskler, 3) virksomhedskategori. Definitionen omfatter alle virksomheder, hvis samlede antal af beskæftigede personer ikke overstiger 250, samt derudover ikke har en årlig omsætning på mere end 50 mio. EUR eller en årlig samlede balance på 43 mio. EUR. Henstillingen er udarbejdet på det grundlag, at der i det indre marked bør være en fælles definition af SMV'er baseret på et fælles sæt regler jf. præambelen.¹¹⁹ Henstillingen afløser Kommissionens tidligere henstilling 96/280/EF af 3. april 1996.

¹¹⁷ Artikel 1, stk. 2, litra a) "*Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.*"

¹¹⁸ Dette støttes endvidere i betragtningen i Direktivforslagets præambel nr. 20, s. 19

¹¹⁹ Præambelns betragtning nr. 1; "*...Kommissionens henstilling 96/280/EF af 3. april 1996 vedrørende definitionen af små og mellemstore virksomheder var baseret på en forestilling om, at det kan skabe inkonsekvenser, at der findes forskellige definitioner på fællesskabsplan og på nationalt plan. Man fandt, at i et indre marked uden interne grænser bør behandlingen af virksomhederne være baseret på et sæt fælles regler. Det er så meget mere nødvendigt at fortsætte denne strategi, som der*

Økonomiske aktører: Begrebet dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder, jf. Udbudsdirektivets art. 1, stk. 8, 2. led. Begrebet anvendes udelukkende for at forenkle teksten. For at være omfattet af begrebet er det et krav, at aktøren skal være en uafhængig part, hvorfor nogle anskaffelser ikke vil være omfattet af Udbudsdirektivet, såsom ordregiverens egen udførelse, (in house-reglen) jf. modsætningsvist art. 1 stk. 2 litra a. Gennem Specialet vil begrebet *økonomisk aktør* hovedsageligt blive anvendt. I Specialet ændrer de økonomiske aktører dog betegnelse til henholdsvis, *ansøger*, såfremt de har indsendt ansøgning om prækvalifikation ol. eller *tilbudsgivere*, såfremt deres ansøgning om prækvalifikation er accepteret, eller de er fundet egnede til at afgive tilbud.

Udbudsgrundlaget er en samlebetegnelse for de forskellige udbudsdokumenter omfattende udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og supplerende udbudsdokumenter. Udbudsbekendtgørelsen fastlægger de retlige rammer for det videre forløb af udbudsforretningen med en sådan præcision, at de økonomiske aktører har et solidt grundlag for at vurdere, om de ønsker at deltage. Det er vigtigt, at de ordregivende myndigheder ikke skriver mere end nødvendigt for ikke at begrænse dispositionsfriheden i det senere forløb. Udbudsbetingelserne fastlægger de mere detaljerede fremgangsmåder, som udbudsforretningen skal indeholde, vilkår for deltagelse samt de detaljerede krav til kontraktgenstanden. Eventuelle supplerende udbudsdokumenter synes at afdekke øvrige dokumenter, såsom beskrivelser af eksisterende udstyr mv.

er en omfattende vekselvirkning mellem de nationale foranstaltninger og fællesskabsforanstaltningerne til støtte for mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (SMV'er)..."

3. DIREKTIVFORSLAGET

Følgende analyse tager udgangspunkt i forslag til Europaparlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb KOM(2011) 896 af 20. december 2011, *Direktivforslaget*, og dette afsnit vil kort beskrive det overordnede indhold af det pågældende Direktivforslag samt grundlaget herfor.

Direktivforslaget er fremsat med det formål at revidere det nugældende Udbudsdirektiv. Den ønskede revidering er først og fremmest begrundet i, at offentlige indkøb spiller en vigtig rolle i Europa 2020-strategien,¹²⁰ som et af de markedsbaserede instrumenter der skal anvendes til at nå målene fremsat heri. Kommissionen bemærker indledningsvist i Direktivforslaget, at det er nødvendigt at revidere og modernisere den gældende lovgivning om offentlige indkøb, så den bliver bedre egnet til at tage hensyn til den ændrede politiske, sociale og økonomiske situation.¹²¹ Dette fremgår ligeledes af betragtningen i Direktivforslagets præambel nr. 2.¹²²

Det fremgår ydermere af Direktivforslagets indledning, at dette har to supplerende mål.¹²³ For det første skal der ske en mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater. Dette vedrører især en forenkling og effektivisering af de nugældende regler om offentlige indkøb, hvilket vil være en fordel for alle økonomiske aktører heriblandt SMV'erne. For det andet er målet med Direktivforslaget at give de ordregivende myndigheder bedre mulighed for at foretage indkøb, som støtter fælles samfundsmæssige mål, såsom miljøbeskyttelse og fremme af innovation, hvilket kan gavne de innovative SMV'er.

Generelt bemærkes det, at Direktivforslaget i sin helhed skal være med til at garantere økonomiske aktører opnår lige adgang til offentlige kontrakter i det indre marked.¹²⁴ Særligt påpeges det flere steder i Direktivforslaget, at revideringen på flere områder skal være med til at give bedre adgang for SMV'erne.¹²⁵ Derudover fastslår Kommissionen, at der er et enormt potentiale for jobskabelse, vækst og innovation i SMV'er. En nemmere adgang til indkøbsmarkedet kan hjælpe dem med at frigøre dette potentiale, og samtidig give de ordregivende myndigheder mulighed for at udvide leverandørgrundlaget og dermed skabe større konkurrence om offentlige kontrakter.¹²⁶

Kommissionen fastholder direkte i Direktivforslagets præambel at formålet med en revidering og modernisering af Udbudsdirektivet grundlæggende er at øge de offentlige udgifters effektivitet, navnlig ved at fremme SMV'ers deltagelse i offentlige indkøb, hvorfor de faktiske tiltag har til hensigt at imødekomme de problematikker som SMV'erne står overfor i forbindelse med deres position på markedet for offentlige EU-udbudte kontrakter.

¹²⁰ KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, samt afsnit 1.2.2 - Small Business Act og 2020 strategien

¹²¹ KOM(2011) 896 af 20. december 2011, s. 2

¹²² Ibid., s. 15

¹²³ Ibid., s. 2 f.

¹²⁴ Ibid., s. 6

¹²⁵ Ibid., s. 2 ff. og særligt s. 11 f.

¹²⁶ Ibid., s. 11, Der henvises derudover også til SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, jf. også afsnit 1.2.3 - SMV'er og offentlig EU-udbud

I Direktivforslagets indledende bemærkninger beskrives flere områder, hvorpå der er foretaget en revidering af nugældende Udbudsdirektiv direkte med henblik på at opnå bedre adgang for SMV'erne og nystartede virksomheder.¹²⁷ Områder såsom; *forenkling af reglerne, procedurerne og oplysningskravene samt inddeling af kontrakter, direkte betaling af underentreprenører og begrænsninger i deltagelseskravene*, hvorfor Direktivforslaget hovedsageligt tager udgangspunkt i Kodekset og Grønbogens vurderinger.¹²⁸

¹²⁷ KOM(2011) 896 af 20. december 2011, s. 11

¹²⁸ Afsnit 1 – Indledning, samt underafsnit hertil

4. ADMINISTRATIV BYRDE – DOKUMENTATIONSKRAV

De ordregivende myndigheder skal i den indledende fase af udbudsprocessen specificere anskaffelsens tekniske, økonomiske og juridiske specifikationer i udbudsgrundlaget.¹²⁹ Disse valg og præciseringer har direkte betydning for, hvem kontrakten kan tildeles, idet udbudsgrundlaget er fundamentet for de økonomiske aktørs afgivelse af tilbud og efterfølgende indgåelse af den offentlige kontrakt. Der foreligger en høj grad af frihed for de ordregivende myndigheder, når anskaffelsen skal gennemføres, herunder om der skal lægges vægt på pris eller kvalitet, samt hvorvidt andre hensyn såsom sociale og miljømæssige hensyn ønskes varetaget. Graden af frihed skal dog ske med respekt for de grundlæggende principper om lighed og gennemsigtighed,¹³⁰ ligesom udformningen af udbudsgrundlaget særligt skal overholde Udbudsdirektivets art. 23 om tekniske specifikationer. Alligevel har de ordregivende myndigheder god mulighed for at fastsætte kriterierne til fremlæggelse af dokumentation samt fastlægge de krav til udvælgelseskriterier, der sikrer, at den tilbudsgiver som vinder, er i stand til at udføre kontrakten. At de ordregivende myndigheder garanterer sig mod utilstrækkeligt stillede kontraktpartere, kan, ifølge kritikken benævnt i Grønbogen samt Kodekset, føre til *urimeligt* høje kriterier, hvilket kan være til hindrer for SMV'ernes deltagelse i de offentlige EU-udbud.

Følgende analyse vil konkretisere problematikken vedrørende den dokumentationsbyrde som SMV'erne oplever ved deltagelse i EU-udbud. Efterfølgende vil næste hovedafsnit, afsnit 5, omhandle udvælgelseskriterierne, nærmere bestemt økonomisk formåen. Med hensyn til teknisk og faglig formåen vil dette blive belyst i nedenstående afsnit det samme gælder de tekniske specifikationer, da krav hertil vil udmøntes i dokumentationer, der ofte anføres i udbudsbekendtgørelsen.¹³¹ Afslutningsvis skal det oplyses, at dele af afsnit 4 om administrativ byrde og afsnit 5 om økonomisk formåen kan virke sammenfaldene, da begge omhandler udvælgelseskriterier den ordregivende myndighed kan forlange, hvorfor det kan betragtes som to sider af samme sag. Alligevel er afsnittene opdelt, da problemstillingerne vedrørende problemområder som er differentieret fra hinanden, og sammenfaldene regler vil nævnes i det ene afsnit med henvisning til det andet afsnit.

¹²⁹ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring. Udbudsdokumenterne indeholder også en beskrivelse af fremgangsmåden ved gennemførelsen af udbuddet, tildelingsproceduren og indtager derved en central rolle ved vurdering af, hvem kontrakten skal tildeles.

¹³⁰ Ligebehandlingsprincippet som anført i afsnit 2.5 – Begrebsafklaring, er ydermere tydeliggjort ved supplement i Udbudsdirektivets art. 23, stk. 2 *”De tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.”*

¹³¹ Udbudsdirektivets art. 48, stk. 6 skal de ordregivende myndigheder anføre dokumentationskravene i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvilket benyttes i begrænset udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

4.1 Nuværende retstilstand

4.1.1 Udbudsdirektivets art. 23, tekniske specifikationer

De ordregivende myndigheder fastlægger, jf. Udbudsdirektivets art. 23, kravene til den ønskede anskaffelses funktionalitet, egenskab og kvalitet, således afskaffelsen kan anvendes til opfyldelse af et specifikt behov. Kravene kan vedrøre de fysiske, tekniske eller kemiske egenskaber, størrelsen samt omfanget af anskaffelsen, materialevalg, kvalitet samt holdbarhed, materialernes nedbrydelighed og mulighed for genanvendelse. Hvornår dokumentationen skal foreligge afhænger af procedureformen, hvilket også vil fremgå af udbudsdokumenterne.¹³²

Baggrunden for disse kravspecifikationer er at sikre ikke-diskrimination ved, at de ordregivende myndigheder henviser til bestemte afgrænsede instrumenter ved fastlæggelsen af de tekniske specifikationer. Således opnås der større gennemsigtighed, da specifikationerne er kendte og tilgængelig for alle og læner sig i høj grad op af allerede harmoniseret europæiske og internationale standarder, hvorfor risiko for favorisering af bestemte kontraktpartnere elimineres.¹³³

4.1.1.1 Specifikationsmetoder

De pågældende krav anføres i udbudsdokumenterne til dokumentation og attestation, så de ordregivende myndigheder sikre sig, at de økonomiske aktørers produkt eller ydelse opfylder de tekniske specifikationer. Omfanget, og hvor detaljeorienteret kravene skal være, er op til de ordregivende myndigheder, da de har mulighed for at vælge mellem at fastlægge detaljerede tekniske specifikationer eller i stedet *kun* anføre kravene til funktionsdygtighed eller funktionelle krav.¹³⁴

Myndigheden kan vælge kun at referere til offentlige standarder eller udforme de tekniske specifikationer i form af krav til funktionsdygtighed, så længe disse er så præcise, at tilbudsgiveren kan identificere kontraktens genstand, jf. art. 23, stk. 3, litra b. En kombination af specifikationer og funktionsdygtighed kan sikre, henholdsvis at visse krav overholdes, samt at anskaffelsen kan anvendes til opfyldelse af den ordregivende myndigheds behov. De tekniske specifikationer skal så vidt muligt identificeres ved henvisning til offentliggjorte standarder fra et anerkendt standardiseringsorgan, jf. Udbudsdirektivet bilag VI, hvor europæiske standarder fortrinsvis skal anvendes, herefter nationale standarder, jf. art. 23, stk. 3, litra a

Disse mange forskellige tekniske løsningsmuligheder, som bestemmelsen åbner op for, ved at der både kan fastsætte specifikationerne i form af funktionsdygtighed, i form af funktionelle krav, ved referering til standarder eller en kombination af disse er yderst brugbart for den ordregivende myndighed. Ifølge præambelen¹³⁵ har denne form været et bevidst valg fra lovgivers side, så der kunne skabes mulighed for konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter, hvilket ved nærme-

¹³² Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring. Udbudsdokumenterne eller for så vidt udbudsgrundlaget, kan være udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne eller supplerende udbudsdokumenter, jf. Udbudsdirektivet art. 23 stk. 1.

¹³³ Steinicke, M. mfl. (2008), s. 702

¹³⁴ Udbudsdirektivets art. 23, stk. 3.

¹³⁵ Betragtning i Udbudsdirektivets præambel nr. 29 samt nr. 32

re eftertanke harmonerer med tankegangen om SMV-venlige strategier, der har været gennem tiden.¹³⁶

Det skal dog hertil tydeliggøres, at de tekniske specifikationers opstilling i art. 23, stk 3, litra a er hierarkisk opstillet¹³⁷ i forhold til standarder, hvilket i forhold til SMV'erne kan være problematisk, når europæiske standarder skal anvendes frem for nationale. Kun såfremt der ikke eksisterer europæiske specifikationer kan nationale standarder benyttes. Dette kan sandsynligvis for økonomiske aktører, specielt SMV'erne virke afskrækkende og ikke mindst være tidskrævende såfremt disse skal arbejde med ukendte europæiske standarder.

Det vil fremgå af udbudsgrundlaget, hvorledes de økonomiske aktører skal dokumentere, at de opfylder de opstillede krav til tekniske specifikationer. Dokumentationen, som den ordregivende myndighed kræver fremlagt, kan udstedes af offentlige eller private organer samt benyttede producenter, som kan fremsende intern tekniske dokumentation. Ydermere kan der kræves fremlægelse af attester udstedt af uafhængige organer både inden for kvalitetssikring samt miljø.¹³⁸ Dette indebærer ofte en administrativ byrde for de økonomiske aktører og særligt SMV'erne, da det kan være både tidskrævende og omkostningsfuldt at anskaffe alle de relevante dokumenter samt certifikationer.¹³⁹

Særligt problemet vedrørende de mange omkostninger forbundet med at deltage i offentlig udbud fremgår af en ny analyse fra Dansk Erhverv. Analysen påpeger, at den tunge administrative byrde er synderen; *"... erhvervslivet har omkostninger i størrelsesordenen 4,6 milliarder kr. årligt ved at deltage i offentlige udbud... [...] Dansk Erhverv mener, at forklaringen ligger i tunge regler og en afsporet kultur med alt for stort fokus på juridisk nidkærhed - og alt for lidt fokus på samarbejde om effektivisering og innovation. Der blev i 2011 gennemført i alt 6.613 offentlige udbud, [... og...] givet 19.839 tilbud i 2011... [...] ... En undersøgelse fra 4. kvartal 2011 gennemført blandt 211 virksomheder, som er medlemmer af Dansk Erhverv og byder på offentlige opgaver, viser, at det i gennemsnit koster 232.973 kr. at udfærdige et tilbud."*¹⁴⁰

4.1.1.2 Fravigelse af specifikationskrav

Som omtalt, er det de ordregivende myndigheder, som fastsætter kravene til dokumentationen, hvilket kun begrænses af følgende ordlyd:

*"...kan de ikke afvise et tilbud med den begrundelse, at de tilbudte varer og tjenesteydelser ikke er i overensstemmelse med de specifikationer, som de har henvist til, hvis tilbudsgiveren i sit tilbud godtgør på passende måde til den ordregivende myndigheds **tilfredshed**, at de løsninger, han tilbyder, på tilsvarende måde opfylder de krav, der er fastsat i den pågældende tekniske specifikation."*¹⁴¹ (forfatterens egne markeringer)

¹³⁶ Afsnit 1 - Indledning

¹³⁷ Ordlyden af bestemmelsen: *"og i nævnte rækkefølge"* art. 23, stk. 3, litra a.

¹³⁸ Udbudsdirektivets art. 49 om kvalitetssikringsstandarder og art. 50 om miljøledelsesstandarder.

¹³⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29 og SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 17

¹⁴⁰ Bilag 5: Dansk Erhvervs Avis af 28.-30. marts 2012. Artikel s. 1 *"Stærkt brug for nationalt kompromis om udbud"* samt s. 5 *"Det er en dyr fornøjelse for erhvervslivet at give tilbud"*

¹⁴¹ Udbudsdirektivets art. 23, stk. 4.

Udbudsdirektivet hjælper hermed de økonomiske aktører ved at tilføje, at dokumentationen af, at et tilbud opfylder kravene, kan ske ved hjælp af andre midler end de i udbudsgrundlaget benævnte dokumentationer, certifikationer og standarder. De ordregivende myndigheder skal herved vurdere et tilbuds tekniske niveau, kvalitet og egenskaber, desuagtet tilbuddet ikke opfylder de eksakte opstillede dokumentationskrav. Dette kan lette den administrative byrde for SMV'erne i de tilfælde, hvor SMV'erne allerede har dokumentation udstedt af et anerkendt organ, som på passende måde opfylder de dokumentationskrav ordregiveren efterspørger.¹⁴² Det skal dog hertil tilføjes, at tilbudsgiveren har bevisbyrden for, at dokumentationskravene er opfyldt på tilsvarende måde, som hvis de eksakte efterspurgte dokumenter blev fremlagt.¹⁴³

At det er den økonomiske aktør, som har bevisbyrden, kan muligvis virke hæmmende, da dette kræver høj indsigt i udbudsdokumenternes angivne specifikationer samt aktørens egne fravigende specifikationer. Dog virker det rimeligt, da det er den økonomiske aktørs eget valg at fravige de angivne specifikationer, ligesom denne også bedst kan fremskaffe bevis for, at en tilsvarende anskaffelse er i overensstemmelse med specifikationerne.¹⁴⁴

Ydermere skal den økonomiske aktør ved fravigelse af de angivne specifikationer godtgøre overensstemmelsen til den ordregivende myndigheds tilfredshed. Der må dermed foreligge en procesrisiko for den økonomiske aktør ved at fravige specifikationerne, da det er vanskeligt på forhånd at fastlægge, hvornår den ordregivende myndighed er tilfreds.

Herved er der i nugældende ret taget hensyn til de økonomiske aktører. Dog er hensynet en del begrænset på grund af, at der forsat skal foreligge dokumentation, ligesom der er procesrisiko tilknyttet anvendelsen. Herved er byrden tilnærmelsesvis tilsvarende, da det må formodes at undersøgelsesprocessen er krævende, hvis den økonomiske aktør i første omgang har sådanne ajourførte dokumentationer liggende.

4.1.2. Andre dokumentationskrav

Udover de tekniske specifikationer kan de ordregivende myndigheder i udbudsgrundlaget kræve, at de økonomiske aktører i deres tilbud eller i deres ansøgning om prækvalifikation fremlægger dokumentation for deres økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen.¹⁴⁵ Hvorledes og hvor omfangsrigt disse dokumenter skal være hjemles i henholdsvis art. 47 og 48. Endvidere kan der ved en indledende egnethedsundersøgelse i forbindelse med prækvalifikation, kræves yderligere dokumentation vedrørende de økonomiske aktørs personlige forhold.

I det følgende vil kun Udbudsdirektivets art. 48 vedrørende teknisk og faglig formåen, blive gennemgået jf. indledningen til dette hovedafsnit. Formålet med afsnittet nedenfor er dermed at skabe forståelse for, hvilke typer af kriterier som de ordregivende myndigheder kan stille som udvælgelseskriterier.

¹⁴² Udbudsdirektivets art. 23, stk. 4 og 5, jf. stk. 7.

¹⁴³ Udbudsdirektivets art. 23, stk. 4 og 5, i dens ordlyd "*tilbudsgiveren i sit tilbud godtgør*" [...] "*godtgøre*"

¹⁴⁴ Forfatterens egen sontring

¹⁴⁵ Udbudsdirektivet art. 47, stk. 1 og art. 48, stk. 2.

4.1.2.1 Teknisk og faglig formåen

I art. 48 er det oplyst, hvilken dokumentation der kan forlanges til vurdering af, om den økonomiske aktør lever op til udvælgelseskriterier af teknisk og faglig art. Eksempelvis kan de ordregivende myndigheder kræve referencelister, som forklarer den økonomiske aktørs erfaring inden for de seneste år,¹⁴⁶ eller oplysninger om de involverede teknikere eller tekniske organer,¹⁴⁷ det tekniske udstyr¹⁴⁸ og om hvor stor del af kontrakten der vil blive givet i underentreprise mv.¹⁴⁹ Listen af muligheder for at efterprøve og vurdere de økonomiske aktørs formåen, som fremgår af art. 48, er udtømmende. Det vil sige, at de ordregivende myndigheder kun kan kræve oplysninger, som fremgår af art. 48.

Der foreligger umiddelbart ingen begrænsning for, hvor mange specifikationer der må kræves til en vurdering af teknisk og faglig formåen. De ordregivende skal dog i forhold til omfanget af disse krav, overholde bestemmelsen i Udbudsdirektivets art. 44, stk. 2, 2. led.¹⁵⁰ Der gælder således et proportionalitetskrav, som til hver en tid skal opfyldes af de ordregivende myndigheder.¹⁵¹ Kriterierne kan opstilles som minimumskriterier, hvorfor en økonomisk aktør skal udelukkes, hvis den pågældende ikke kan dokumentere, at disse minimumskrav opfyldes. Dette er med til at udvide den administrative byrde for SMV'erne, da de både skal fremlægge dokumentation for de tekniske specifikationer og for deres tekniske og faglig formåen, eftersom alt, der fremgår af udbudsgrundlaget, kan kræves fremlagt allerede i starten af udbudsprocessen.¹⁵² Hermed spiller tidshorisonten også en væsentlig faktor for, om SMV'erne har ressourcer til at indgive de krævede dokumenter rettidigt. Eksempelvis er fristen for afgivelse af tilbud i offentligt udbud 52 dage dog med mulighed for afkortning helt ned til 22 dage ved benyttelse forhåndsmeddelelse, elektronisk fremsendelse mm.¹⁵³ Fristen ved konkurrencepræget dialog er som udgangspunkt 37 dage, hvilket også kan reduceres.

¹⁴⁶ For bygge- og anlægsarbejde kan kravet fx omhandle arbejder udført i løbet af de seneste fem år, jf. art. 48, stk. 2, litra a, i). For levering af varer og udførelse af tjenesteydelser kan kravet fx omhandle de betydeligste leverancer inden for de seneste tre år, jf. art. 48, stk. 2, litra a, ii) mv.

¹⁴⁷ Udbudsdirektivet art. 48, stk. 2, litra b. Dette giver de ordregivende myndigheder indsigt i, hvilke kompetencer, der kan blive tilknyttet udførelsen af leverancen.

¹⁴⁸ Udbudsdirektivet art. 48, stk. 2, litra c.

¹⁴⁹ Udbudsdirektivet art. 48, stk. 2, litra i. Denne underentreprise i delkontrakter er en henvisning til Udbudsdirektivets art. 25, og dermed ikke sammenfaldende med senere diskussion om underentreprise. Underentreprise i dette tilfælde er til sikring af, at underentreprenøren besidder de krævede tekniske og faglige kvalifikationer, og om den økonomiske aktør i så fald også råder over disse.

¹⁵⁰ Udbudsdirektivets art. 44, stk. 2, 2. led; *"Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand."*

¹⁵¹ Dette forhold vil blive nærmere omtalt i hovedafsnit 5 - Udvalgte kriterier - Økonomisk formåen

¹⁵² Herved tænkes der på offentligt udbud, hvor dokumenterne skal fremlægges samtidig med afgivelse af tilbud.

¹⁵³ Udbudsdirektivets art. 38 og 39.

4.1.2.2 Personlige forhold

De ordregivende myndigheder kan i særlige tilfælde kræve yderligere dokumentation, som yderligere besværliggør processen for SMV'erne. Her tænkes på dokumentation under udbudsprocessen, som hjælper med at afskære uegnede økonomiske aktører fra. Er de ordregivende myndigheder usikre på en tilbudsgivers personlige forhold,¹⁵⁴ kan de kræve dokumentation af forskellig art forlagt for således at undgå tilfælde, hvor den vindende tilbudsgiver alligevel ikke kan opfylde kontrakten.¹⁵⁵

I Udbudsdirektivets art. 45, stk. 1 og stk. 2 kan de ordregivende myndigheder udelukke økonomiske aktører, der falder ind under en række tilfælde, såsom kriminelle organisationer, hvidvaskning, svig, konkurs og andre strafbare handlinger, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed. Herved skal der foreligge tilstrækkelig bevis for, at tilfældet er anderledes gennem dokumentation som benævnt i art. 45, stk. 3, så den økonomiske aktør kan fortsætte sin deltagelse i EU-udbudet.

Ydermere kan den økonomiske aktør blive anmodet om at dokumentere, at den pågældende har ret til at udøve det pågældende erhverv.¹⁵⁶ Herved tænkes på det forhold, at den økonomiske aktør skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for at udføre pågældende arbejde ifølge nationale regler, eller være selskabsregistreret hos erhvervs- og selskabsstyrelsen. Desuden kan de ordregivende myndigheder til enhver tid anmode om supplerende dokumenter i medfør af Udbudsdirektivets art. 45-50 forelagt.¹⁵⁷ Det omfatter, supplerende oplysninger i forhold til personlige forhold, erhverv, økonomisk og finansiel formåen, teknisk og faglig formåen samt forhold i forbindelse med kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder, som tidligere har været krævet.

4.1.2.3 Officielle lister

Udbudsdirektivet hjemler muligheden for at etablere officielle lister, jf. art. 52.¹⁵⁸ Listerne føres af medlemsstaterne, som også opstiller betingelserne for optagelsen på listen. Hvis den økonomiske aktør bliver optaget på listen, kan den pågældende henvise til listen som bevis for eksempelvis virksomhedens økonomisk, finansielle, tekniske og faglige formåen frem for at opfylde dokumentationskravene direkte. Dette kræver, at oplysningerne på listen er af samme bevisværdi, ligesom listerne kun kan omhandle forhold nævnt i art. 45-50. Eksempelvis kan listerne afhjælpe de dokumentationskrav den ordregivende myndighed stiller til tjenesteydelser og vareindkøb under teknisk formåen,¹⁵⁹ da listen dokumenterer de mest betydelige tjenester og leverancer, der er udført i løbet af de sidste tre år.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Udbudsdirektivets art. 45 samt Udbudsbekendtgørelsens §§ 10 og 11

¹⁵⁵ Udbudsdirektivets art. 45

¹⁵⁶ Udbudsdirektivets art. 46

¹⁵⁷ Udbudsdirektivets art. 51

¹⁵⁸ Udbudsdirektivets art. 52, stk. 7, hjemler også muligheden for at anvende attesting. Dette vil ikke blive yderligere gennemgået.

¹⁵⁹ Udbudsdirektivets art. 48

¹⁶⁰ Se eventuelt tidligere note 146.

Disse lister er ikke etableret i Danmark. Dog kan disse lister have relevans for danske økonomiske aktører, der deltager i EU-udbud i andre medlemsstater, der har disse lister. Disse aktører kan søge om optagelse på lister i en anden medlemsstat, da disse som følge af traktatens frihedsbestemmelser ikke må forskelsbehandles. Det må betragtes, at det er de færreste SMV'er, som har søgt om optagelse på de udenlandske referencelister, da udbud i udlandet ikke er i højsæde blandt disse.¹⁶¹

Det ville muligvis gavne SMV'erne, såfremt den danske stat benyttede sig af disse officielle lister. Det må dog formodes, at der skal mange lister til for at omfavne bare dele af de dokumentationskrav, der findes i art. 45-50, hvilket herefter kan virke uoverskueligt at sætte sig ind i for SMV'erne. Ydermere kræver listerne jævnlig tilpasning.

4.1.3 Mulige løsningsforslag

De ordregivende myndigheder kan, som beskrevet ovenfor, uden de store begrænsninger kræve et stort antal certifikater og andre dokumenter fremlagt til vurdering af egnethed, eller i forbindelse med opfyldelse af udvælgelseskriterierne. Hermed foreligger der store dokumentationskrav for den enkelte økonomiske aktør, da denne skal opfylde de eksakte dokumentationskrav eller nogle, som er tilsvarende. Problematikken bliver tydeliggjort i Kodekset,¹⁶² som fastslår, at tidskrævende papirarbejde udelukker SMV'erne for deltagelse i offentlige udbud. Heraf fremgår det endvidere, at de administrative krav i forhold til nuværende retstilstand faktisk kan holdes på et minimum, hvis de nationale myndigheder har større bevågenhed omkring dette.

Eksempelvis nævner Kodekset, at medlemsstaterne kan reducere den administrative byrde for de økonomiske aktører ved at have en fremgangsmåde, hvorefter de økonomiske aktører afgiver en erklæring på tro og love, om at de opfylder de betingelser, der kræves. Således vil kun de ansøgere, der bliver prækvalificeret, eller en tilbudsgiver, som vinder kontrakten, skulle forelægge alle de relevante originale dokumenter og certifikater. Denne mulighed tydeliggøres yderligere i Grønbogen,¹⁶³ ved, at de økonomiske aktører kan sende en egenerklæring om opfyldelse af udvælgelseskriterierne, hvorfor flere SMV'er kan deltage i indledningsfasen i offentlige udbud, uden at det bliver en for stor administrativ og økonomisk byrde.¹⁶⁴ SMV'erne vil fortsat skulle opfylde dokumentationskravene, men dokumenterne skal alt efter udbudsformen kun indhentes, såfremt SMV'erne bliver prækvalificeret eller den vindende part. Således vil SMV'erne opnå mere tid til indhentning af de relevante dokumenter og certifikater og opleve en mindre administrativ byrde i de indledende faser af udbudsprocessen, hvor det endnu ikke er givet, om de vinder kontrakten.

Ydermere har de ordregivende myndigheder mulighed for at fritage dokumentationsforpligtelsen for de dokumenter, som en bestemt tilbudsgiver allerede for nylig har forelagt i forbindelse med en anden indkøbsprocedure under forudsætning af, at dokumenterne er sammenfaldende, gyldige og udstedt inden for en rimelig afgrænset periode. Hermed vil den økonomiske aktør nøjes med at

¹⁶¹ Dette er forfatterens egen vurdering.

¹⁶² SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 17 samt afsnit 1.2.3 – SMV'er og offentlig EU-udbud

¹⁶³ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

¹⁶⁴ I forhold til økonomisk byrde, henvises der til afsnit 4.1.1 – Udbudsdirektivets art. 23, tekniske specifikationer

afgive en erklæring på tro og love om, at dokumentationen allerede er forelagt for samme ordregivende myndighed.

Ovenstående to løsninger benyttes ikke i Danmark, og det fremgår heller ikke af Kodekset, at andre medlemslande har gjort dette.¹⁶⁵ Den eneste foranstaltning, som en række medlemslande har indført, er, at data, der er offentligt tilgængelig, ikke må kræves fremlagt. Dette vil sandsynligvis i langt de fleste tilfælde kun rumme virksomhedsdata, og dermed ikke certifikater, standarder mm., hvorfor SMV'er i disse lande stadig kan opleve tidskrævende papirarbejde.

Derfor vil det være yderst relevant at gøre ovenstående løsningsforslag, som Kodekset nævner, obligatorisk, idet der synes at være behov for en ændring af retsområdet. Dette leder læseren videre til næste afsnit, hvor det tydeliggøres, hvilke tiltag der er foretaget.

4.2 Direktivforslaget

En nemmere adgang for SMV'erne til det europæiske marked for offentlig udbud vil ifølge Kommissionen give et gunstigt afkast i potentiel jobskabelse, vækst og innovation, samtidig med de offentlige myndigheder vil få udvidet deres leverandørgrundlag og dermed skabe større konkurrence.¹⁶⁶ Denne konstatering har betydet, at Direktivforslaget indeholder flere tiltag, der har til formål at reducere den administrative byrde. Dette fremgår af følgende ordlyd (med forfatterens egne markeringer) i relevante dele af hele bestemmelsen:

Art. 56 stk. 1

Udvælgelseskriterier: "De ordregivende myndigheder begrænser betingelserne for deltagelse til de betingelser, der er **relevante** for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har" [...] "stå i **nøje forhold** til kontrakten genstand.."

Art. 57 stk. 1.

Egne oplysninger og andre dokumentationsformer: "De ordregivende myndigheder accepterer egne oplysninger som foreløbige beviser på, at ansøgere og tilbudsgivere opfylder en af de følgende betingelser:

- a) de er ikke i en af de i artikel 55 omhandlede situationer...
- b) de opfylder de udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 56.

Ovenstående artikler i Direktivforslaget begrænser som udgangspunkt dokumentationskravene. Først og fremmest tydeliggør art. 56 en form for proportionalitet vedrørende de krav, som de ordregivende myndigheder kan stille, hvilket alt andet lige har betydning for omfanget af de dokumentationskrav, som de ordregivende myndigheder kan kræve.¹⁶⁷ Samme proportionalitetskrav findes også i Udbudsdirektiv: "*Omfanget af de i artikel 47 og 48¹⁶⁸ omhandlede oplysninger samt de*

¹⁶⁵ SEK(2008)2193 af 25. juni 2008, s. 17

¹⁶⁶ Dette fastslås som omtalt af Kommissionen i Kodekset samt i Direktivforslagets indledende bemærkninger s. 11

¹⁶⁷ Hvorvidt det er kontraktgenstandens kompleksitet eller kontraktens værdimæssige størrelse tydeliggøres ikke.

¹⁶⁸ Udbudsdirektivets art. 47 omhandler økonomisk og finansiel formåen. Art. 48 omhandler teknisk eller faglig formåen.

minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand".¹⁶⁹ Denne bestemmelse afviger en anelse fra proportionalitetskravet i Direktivforslaget, da denne formløring indeholder en form for skærpe. Denne bestemmelse vil dog ikke isoleret set ændre på SMV'erne store administrative byrde, da praksis er, at de ordregivende myndigheder langt hen ad vejen selv bestemmer omfanget af dokumentationskravene.

Diskussionen om proportionalitet henvises der til hovedafsnit 5, vedrørende økonomisk formåen, da problematikken er den samme uanset, om der er tale om økonomisk formåen efter art. 47 eller teknisk formåen efter art. 48. Derudover vil proportionalitetskravet være særligt relevant i dette hovedafsnit, da dette afsnit netop omhandler, hvilke udvælgelseskriterier den ordregivende myndighed kan kræve, da vurderingen af proportionaliteten ofte bliver vurderet i henhold til disse kriterier.

Direktivforslagets art. 57 er derimod en helt ny bestemmelse, hvoraf fundamentet for reducere af den administrative byrde har sin hjemmel. Ud fra ordlyden må det konstateres, at de ordregivende myndigheder ikke har mulighed for at vælge at acceptere *egne oplysninger*, men at det skal de som udgangspunkt.

Egne oplysninger tilbageføres ikke til de ordregivende myndigheders egne oplysninger om en bestemt økonomisk aktørs oplysninger. Det er således et begreb, som henviser til egenerklæring fra de økonomiske aktørers side, således disse tilbudsgivere afgiver en tro og love erklæring på, at de opfylder udbudsgrundlagets specifikationskrav og betingelser, der kræves af egnede ansøgere, uden at fremlægge de relevante beviser her for.¹⁷⁰

Dette gælder både oplysninger om, at den økonomiske aktør ikke falder ind under en række tilfælde såsom konkurs, kriminelle organisationer med mere, hvilket er ens med Udbudsdirektivets art. 45, jf. forslaget art. 55. Ydermere gælder det dokumentationskrav og certifikation i henhold til art. 56, hvoraf det fremgår:

"De ordregivende myndigheder kan opstille betingelser for deltagelse vedrørende: a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv b) økonomisk og finansiel formåen c) teknisk og faglig formåen"

Herved begrænses sådanne krav til at fremlægge et stort antal certifikater og andre dokumenter forbundet med udelukkelses og udvælgelseskriterierne gennem en egenerklæring fra den økonomiske aktørs side. Dette vil forenkle hele udvælgelsesprocessen for de ordregivende myndigheder og ud fra en økonomisk betragtning forenkle deltagelsen for SMV'erne. Den tilbudsgiver, der får tildelt kontrakten, skal efterfølgende fremlægge de relevante originale certifikater og dokumenter inden for en fastsat tidsfrist.

Overholdelse og korrekt opfyldelse af dokumentationskravene kan sikres yderligere, såfremt der udvikles et effektivt sanktionssystem, som skal anvendes i tilfælde, hvor den vindende tilbudsgiver i sidste instans ikke er i stand til at forelægge den relevante dokumentation inden fristens udløb. Sanktionerne skal stå i forhold til overtrædelsen og samtidig have en afskrækkende virkning.¹⁷¹

¹⁶⁹ Udbudsdirektivets art. 44, stk. 2, 2. led.

¹⁷⁰ Denne definition fremgår ikke direkte af Direktivforslaget eller dens præambel, men er underforstået, jf. Direktivforslagets art. 57, samt SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 17-18.

¹⁷¹ Dette er forfatterens egen vurdering

De ordregivende myndigheder vil dog kunne kræve at få forelagt de krævede dokumenter før tildelingsfasen påbegyndes, hvis det er nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.¹⁷² Det er de ordregivende myndigheder, som skal vurdere dette og samtidig bevise, at det var en nødvendighed at fremlægge dokumenterne før tildelingen. Bestemte dokumentationskrav kan de ordregivende myndigheder til enhver tid kræve fremlagt, heriblandt udbudspasset, certifikater samt standarder til bevis for den økonomiske aktørs økonomiske og finansielle formåen.¹⁷³ Dog må det formodes, at et effektivt sanktionssystem vil afværge størstedelen af tvivlen, de ordregivende myndigheder oplever, da de økonomiske aktører herved eventuelt vil blive mødt store økonomiske tab eller afskæring af deltagelse fremadrettet, hvis de ikke dokumentere tilstrækkeligt.¹⁷⁴

Endelig fremgår det af art. 57 stk. 3, 2. led, at allerede forelagte certifikater og anden dokumentation for den samme ordregivende myndighed inden for de seneste fire år ikke kan kræves forelagt på ny. Hvorvidt denne bestemmelse har omfattende betydning afhænger af, hvor central eller decentral EU-udbuddene iværksættes. Eftersom der i Danmark har været en tendens til centralisering ved benyttelse af SKI,¹⁷⁵ vil denne bestemmelse formentlig gavne de økonomiske aktører og lette den administrative byrde på nogle områder, når dokumentationen er sammenfaldende.

Der kan i Direktivforslaget opnås yderligere lempelse af den administrative byrde ved etablering af et elektronisk europæisk indkøbspas.¹⁷⁶ Dette nye tiltag er et bevis, som viser, at indehaveren lever op til EU-reglerne for offentlige udbud, og herved undgår at fremlægge bestemte typer af dokumentation. Her tænkes på de tvivlsspørgsmål de ordregivende myndigheder kan opleve undervejs i udbudsprocessen vedrørende tilbudsgiverens personlige forhold, som nævnt i afsnit 4.1.2.2. Passet skal nemlig indeholde oplysninger om, at den økonomiske aktør ikke er dømt ved endelig dom pga. men ikke afgrænset til bestikkelse, svig, hvidvask, terrorhandlinger eller deltagelse i kriminel organisation¹⁷⁷ eller er under konkurs, likvidation, tvangsakkord eller befinder sig i lignende situation.¹⁷⁸ Passet indeholder ydermere oplysninger om ret til at udøve det pågældende erhverv.¹⁷⁹ Herved tænkes på, om den økonomiske aktør ifølge nationale regler, skal have bestemt autorisation eller være medlem af bestemt organisation for at udføre pågældende arbejde eller være selskabsregistreret hos erhvervs- og selskabsstyrelsen, ligesom det kendes fra nugældende Udbudsdirektiv.

Afslutningsvis skal det tydeliggøres, at art. 57 om tro og love erklæringer ikke omfatter de tekniske specifikationer, som kendes i Udbudsdirektivets art. 23, jf. Direktivforslagets art. 40. Herved vil disse kravspecifikationer stadig kræves forelagt ved dokumentation ved afgivelse af tilbud eller

¹⁷² Direktivforslagets art. 57, stk. 2

¹⁷³ Direktivforslagets art. 59, 60, 61 og 63, jf. art. 57, stk. 1, litra d.

¹⁷⁴ Sanktionsmuligheder som efter forfatterens mening kunne være relevant.

¹⁷⁵ Dette støttes af betragtningen i Direktivforslagets præambel nr. 20, s. 19

¹⁷⁶ Direktivforslagets art. 59. Omtales også som *udbudspas*

¹⁷⁷ Direktivforslagets art. 55, stk. 1, litra a-e, jf. bilag XIII til Direktivforslaget. Dokumentationskrav der er sammenfaldende med allerede bekendte bestemmelser i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 1

¹⁷⁸ Direktivforslagets art. 55, stk. 3, litra b, jf. bilag XIII til Direktivforslaget. Dokumentationskrav der er sammenfaldende med allerede bekendte bestemmelser i udbudsdirektivets art. 45, stk. 2.

¹⁷⁹ Art. 56, stk. 2, jf. bilag XIII til Udbudsdirektivet. Dokumentationskravet der er sammenfaldende med allerede kendte bestemmelser i Udbudsdirektivets art. 46.

ved prækvalifikationen afhængig af den konkrete udbudsform. Disse tekniske specifikationer har ikke ændret sig i forhold Udbudsdirektivet, hvorfor den økonomiske aktør stadig har mulighed for at fravige de krævede specifikationer ved fremskaffelse af tilsvarende dokumentation. Dette kan i nogle tilfælde lette den administrative byrde, hvor SMV'erne allerede har dokumentation udstedt af et anerkendt organ, som på passende måde opfylder de dokumentationskrav ordregiveren efterspørger.

4.3 Delkonklusion

Det kan fastslås, at den administrative byrde i henhold til nuværende retstilstand både er omkostningsfuld og ressourcemæssig tung for de økonomiske aktører, som ønsker at afgive tilbud på en offentlig kontrakt. Herved er det en korrekt antagelse fra Kommissionens side at gøre dette område mere *regelbundet*, uden at gå på kompromis kan reglernes gunstige hensigter. Her tænkes på at opretholde de ordregivende myndigheders frihed til fastlæggelse af udvælgelseskriterierne og sikre dem mod utilstrækkeligt stillede kontraktsparter samtidig med at formålet med at opnå effektiv konkurrence ved sikring af høj gennemsigtighed og ikke-diskrimination opretholdes.

De nye bestemmelser i Direktivforslaget forenkler flere steder udvælgelsesprocessen for de ordregivende myndigheder, og forenkler ud fra en økonomisk betragtning deltagelsen for SMV'erne. De økonomiske aktører kan herved afgive en erklæring på tro og love om, at de opfylder udbudsgrundlagets specifikationskrav og krav for egnethed. SMV'erne vil fortsat skulle opfylde dokumentationskravene, men dokumenterne skal kun indhentes, hvis SMV'erne bliver prækvalificeret eller vinder kontrakten. Herved opnår SMV'erne betydelig reduktion af den administrative byrde og økonomiske belastning, samtidig med at de vil opnå mere tid til at indhente og udarbejde dokumentationen.

Disse tro og love erklæringer gælder dog ikke alle slags dokumentationskrav, da indkøbspas og nogle bestemte certifikater og standarder til enhver tid kan kræves fremlagt uden bevisførelse for denne indsigt, ligesom alle dokumenter ved saglig begrundelse kan kræves forelagt før tildelingsfasen. Herudover indeholder Direktivforslaget en begrænsning for allerede fremlagt dokumentation for den samme myndighed, da dette ikke skal fremlægges igen i en fire års periode, og mulighed for benyttelse af europæisk indkøbspas, der letter bevisbyrden i forhold til de personlige forhold. Begge disse tiltag vil være med til at eliminere den administrative byrde.

Endvidere kan de tekniske specifikationer også til enhver tid kræves fremlagt, hvorfor den administrative byrde i forhold til disse må ses for at uændret. Det er uvist, hvor stor en byrde de tekniske specifikationer er set i forhold til de andre dokumentationskrav. Dette afhænger af det pågældende udbud, men forholder det sig således, at dokumentationsbyrden vedrørende de tekniske specifikationer i langt de fleste tilfælde er mere omfangsrigt, så vil hensigten med egenerklæringen udviskes.

Et effektivt sanktionssystem vil *forhåbentlig* kunne have en så afskrækkende effekt, at det ikke bliver nødvendigt for de ordregivende myndigheder at gøre brug af disse undtagelser til egenerklæringen.

Det må konkluderes, at overordnet set forekommer der at være store forbedringer på området til gavn for specielt SMV'erne i den indledende fase i udbudsprocessen. Dokumentationskravene skal nemlig stadig opfyldes og fremlægges, men med større sandsynlighed vil dette kun belaste de udvalgte tilbudsgivere, som er prækvalificeret. Ydermere er forslaget til gavn for EU, da en forbedring af området udmunder i en nemmere adgang til det europæiske marked for offentligt udbud, hvilket kan give et gunstigt afkast i EU's 2020-mål om potentiel jobskabelse, vækst og innovation, samtidig med de offentlige myndigheder vil få udvidet deres leverandørgrundlag og dermed skabe større konkurrence.

5. UDVÆLGELSESKRITERIER – ØKONOMISK FORMÅEN

Grundlaget for dette afsnit er at se nærmere på, i hvilket omfang de ordregivende myndigheder kan fastlægge de økonomiske kvalifikationskrav for deltagelse i et givent udbud. Nuværende retstilstand vil først blive analyseret, og derefter vil denne tilstand blive holdt op imod de ændringer, Direktivforslaget indeholder på området. Afslutningsvis vil eventuelle ændringer blive diskuteret i forhold til SMV'ernes adgang, til markedet for offentlige EU-udbud.

5.1 Nuværende retstilstand – Krav til økonomisk formåen

I et hvilket som helst offentligt EU-udbud er der én grundlæggende arbejdsgang, som de ordregivende myndigheder altid holder for øje, uanset hvilken procedureform de ordregivende myndigheder vælger at benytte sig af. Denne grundlæggende arbejdsgang omhandler vurderingen af de forskellige ansøgere ved en prækvalifikation¹⁸⁰ eller tilbudsgivere ved et offentligt udbud, - herefter anvendes samlet betegnelsen, *økonomiske aktører*.¹⁸¹

De ordregivende myndigheder kan vurdere de økonomiske aktørers personlige forhold, gennem en såkaldt egnethedsundersøgelse, med henblik om disse skal udelukkes.¹⁸² Såfremt dette ikke er tilfældet foretages der en evaluering af, hvorvidt de økonomiske aktører opfylder de krav og betingelser, som stilles ved udbuddet.¹⁸³ Det vil sige en evaluering af deres tekniske, økonomiske, finansielle og faglige formåen, jf. art. 42-52.¹⁸⁴ Samlet set benævnes ovenstående som den af de ordregivende myndigheder kvalitative udvælgelse, jf. Udbudsdirektivets kapitel VII, afdeling II, *Kriterier for kvalitativ udvælgelse*.

Såfremt en økonomisk aktør ikke opfylder de betingelser, som er fastlagt i udbudsgrundlaget, vil dennes ansøgning eller henholdsvis tilbud betragtes som ukonditionsmæssigt. Denne vurdering

¹⁸⁰ Dette er tilfældet ved begrænset udbud, udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse eller konkurrencepræget dialog.

¹⁸¹ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

¹⁸² De ordregivende myndigheder er forpligtet til at afvise ansøgere eller tilbudsgivere i henhold til de *obligatoriske udelukkelsesgrunde* i henhold til Udbudsdirektivets art. 45, om ansøgers eller tilbudsgivers personlige forhold. Derudover har de ordregivende myndigheder mulighed for at afvise på baggrund af nogle *fakultative udelukkelsesgrunde* i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 2. Det er dog et krav, at de ordregivende myndigheder skriver i udbudsmaterialet, hvis de ønsker at udelukke én på baggrund af de fakultative udelukkelsesgrunde. Derudover skal de ordregivende myndigheder undersøge ansøgers eller tilbudsgiverens registrering i faglige registre jf. art. 46.

¹⁸³ Såfremt der er tale om offentligt udbud, hvor der ikke sker nogen form for prækvalifikation, vil disse betingelser fremgå af udbudsbetingelserne. I alle de begrænsede udbudsformer vil dette ikke være tilfældet, eftersom udbudsbetingelserne først skal fremsendes, når der skal afgives tilbud jf. art. 40, stk. 2. Derfor må det formodes, at betingelserne i stedet vil fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Derfor anvendes i stedet en samlet betegnelse for disse to situationer ved at anvende formuleringen: *udbudsgrundlaget*.

¹⁸⁴ Disse bestemmelser fastsætter nærmere rammer for de forskellige kriterier. Først herefter vil de resterende ansøgere eller tilbudsgivere bedømmes på baggrund af eventuelle alternative tilbud (art. 24), tildelingskriterier (art. 53) eller hvorvidt der er tale om unormalt lave tilbud (art. 55).

foretages gennem enten en egnethedsundersøgelse eller ved udvælgelse af deltagere alt afhængig af, hvilken udbudsprocedure den ordregivende myndighed har valgt.

5.1.1 Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47

I Udbudsdirektivets art. 44, stk. 1 er det bestemt, at en egnethedsundersøgelse blandt andet skal udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk eller finansiell formåen som omhandlet i art. 47¹⁸⁵ og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier i art. 44, stk. 3.¹⁸⁶

De grundlæggende betingelser for fastlæggelse af kvalifikationskravene omhandler oplysninger samt minimumskriterier for egnethed. Kravene skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand jf. Udbudsdirektivets art. 44 stk. 2. Dette skal forstås som et proportionalitetskrav, som de ordregivende myndigheder skal overholde.¹⁸⁷

Et af formålene med Udbudsdirektivet er, som tidligere omtalt,¹⁸⁸ at sikre, at alle relevante aktører kan komme i betragtning. Derfor er denne bestemmelse særdeles relevant, idet den skal sikre, at de ordregivende myndigheder ikke fastsætter krav eller minimumskriterier, som ikke er proportionelle i forhold til kontraktens genstand, og dermed udelukker mulige aktører. Det vil derfor til enhver tid være den ordregivende myndighed, som skal berettiget proportionaliteten af de kriterier, myndigheden har opstillet. Såfremt der er opstillet minimumskriterier vil der formodningsvist kræves en stærkere begrundelse for at bevise, at et sådant specifikt krav er nødvendigt og formålstjenligt, og at det ikke kunne opfyldes gennem lempeligere krav.

Ved en egnethedsbedømmelse af de økonomiske aktørers finansielle og økonomiske formåen er det udgangspunktet, at den ordregivende myndighed evaluerer disses kvalifikationer ud fra de oplysninger, de er blevet anmodet om at indsende jf. Udbudsdirektivets art. 47.¹⁸⁹ Dette kan eksempelvis være et krav om en vis omsætning eller en vis balance i virksomhedens regnskab. Såfremt der ikke er fastsat minimumskrav i udbudsgrundlaget, vil ansøgerne eller tilbudsgiverne alene blive vurderet ud fra de indsendte oplysninger.¹⁹⁰ I disse tilfælde kan den ordregivende myndighed ikke efterfølgende i sin vurdering fastsætte specifikke krav.¹⁹¹

Det er de ordregivende myndigheders egen beslutning, hvilke kriterier de fastsætter, samt hvorvidt de vælger at fastsætte minimumskvalifikationer eller ej, jf. ordlyden i art. 44 stk. 2; "*De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed...*" (Forfatterens egne markeringer). Det fremgår ligeledes af Klagenævnets seneste praksis, at det er den ordregivende myndig-

¹⁸⁵ Bestemmelsen som fastsætter rammerne for de krav om økonomisk og finansiell formåen, som de ordregivende myndigheder kan kræve af de økonomiske aktører.

¹⁸⁶ Denne bestemmelse omfatter den situation, hvor den ordregivende myndighed ønsker at begrænse antallet af ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud. Dette kaldes kvantitativ udvælgelse.

¹⁸⁷ Proportionalitetskravet er også blevet belyst i tidligere analyse, i hovedafsnit 4 - Administrativ byrde - Dokumentationskrav

¹⁸⁸ Afsnit 1.1 – Offentlige EU-udbud gennem tiden

¹⁸⁹ Hovedafsnit 4 - Administrativ byrde - Dokumentationskrav

¹⁹⁰ Udbudsdirektivets art. 47

¹⁹¹ Dette er begrundet i reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvorfor de ordregivende myndigheder ikke må ændre i udbudsbetingelser jf. art. blandt andet art. 23, stk. 2s ordlyd.

heds eget valg, hvilke krav som stilles. I kendelsen af 1. februar 2012, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune¹⁹² udtaler Klagenævnet, følgende:

*"Artikel 44, stk. 2, bestemmer, at den ordregivende myndighed kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde. Den ordregivende myndighed er efter bestemmelsen ikke forpligtet til at opstille sådanne minimumskriterier"*¹⁹³

Udbudsdirektivets art. 47 har til formål at give de ordregivende myndigheder mulighed for at sikre, at de økonomiske aktører har de rette kvalifikationer til at opfylde den udbudte kontrakt. Bestemmelsen indeholder muligheder for hvad de ordregivende myndigheder kan kræve, af de økonomiske aktører for at godtgøre deres egnethed.¹⁹⁴ Dette omfatter dog kun egnetheden i forhold til de økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen.¹⁹⁵ Ydermere skal det bemærkes, at listen ikke udtømmende, jf. art. 47 stk. 1;

"Bevis for den økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen kan almindeligvis føres ved en eller flere af følgende oplysninger." (forfatterens egen markering). Der er dermed også mulighed for, at de ordregivende myndigheder kan kræve anden dokumentation fremlagt af de økonomiske aktører jf. art. 47 stk. 3; *"De ordregivende myndigheder anføre i udbudsbetingelserne eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation der har valgt, samt hvilke anden dokumentation der skal fremlægges"* (forfatterens egen markering).

De kvalifikationer, som den ordregivende myndighed kræver med henvisning til art. 47, skal til enhver tid overholde kravet om proportionalitet, som er fastsat i Udbudsdirektivets art. 44 jf. ovenfor. Derudover må de ordregivende myndigheder ikke med hjemmel i art. 47 kræve oplysninger eller dokumentation, som kan bruges til at vurdere andre hensyn end de økonomiske eller finansielle. Det er dog derudover fuldt ud den ordregivende myndigheds eget valg, hvilke kvalifikationskrav som stilles. Af Klagenævnets kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen¹⁹⁶ fastslår Klagenævnet i deres udtalelse,¹⁹⁷ at;

¹⁹² Kendelsen af 1. februar 2012, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune omhandler et begrænset udbud vedrørende fjernelse af graffiti samt forebyggende behandling. Klagerens anmodning om prækvalificering blev ikke taget i betragtning. Indklagede nedlagde herefter påstand om, at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivets art. 44 ved ikke at tage klagerens ansøgning i betragtning med henvisning til klagerens økonomiske kapacitet. Klagenævnet fandt at indklagede ikke havde handlet i strid med art. 44, i det indklagede sagtens kunne foretage en egnethedsundersøgelse af ansøgerne, som ender med, at nogle ansøgere ud fra en samlet vurdering ikke tages i betragtning.

¹⁹³ Kendelsen af 1. februar 2012; udtalelse s. 4, Ad. påstand 1

¹⁹⁴ Hovedafsnit 4 - Administrativ byrde - Dokumentationskrav

¹⁹⁵ Som omtalt i hovedafsnit 4 - Administrativ byrde - Dokumentationskrav, kan egnetheden også blive vurderet ud fra tekniske og/eller faglig formåen jf. Udbudsdirektivets art. 48.

¹⁹⁶ Kendelsen af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, omhandler udbuddet af en rammeaftale med tre aktører om indkøb af trykkeriydelser. Rammeaftalens samlede værdi blev anslået til mellem 380-420 mio. kr. Klageren som blev prækvalificeret men ikke tildelt kontrakten nedlagde påstand om, at Økonomistyrelsen havde tildelt kontrakten til en aktør uagtet af dennes tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet denne ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav vedrørende finansiell og økonomisk formåen, idet aktøren havde baseret tallene på andre enheders formåen jf. art. 47 stk. 2. Klagenævnet fandt ikke at der var tale om et ukonditionsmæssigt tilbud, eftersom betingelserne i art. 47 var opfyldt.

"De valg som bestemmelsen (læs: art. 47) åbner mulighed for, tilkommer ordregiveren [...] Det beror også i dette tilfælde på ordregiveren, hvorledes denne dokumentation skal tilvejebringes, og ordregiveren er ikke bundet af den måde, som bestemmelsen anfører som eksempel."

De muligheder, som art. 47 åbner op for, er oplistet i bestemmelsens stk. 1 litra a–c og omfatter erklæringer fra banker og erhvervsansvarsforsikringsselskaber (litra a), virksomhedens balance (litra b) samt erklæring om den økonomiske aktørs samlede omsætning, eventuelt inden for et bestemt aktivitetsområde for højst de sidste tre disponible regnskabsår (litra c).

Art. 47 giver desuden de økonomiske aktører mulighed for at basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske forbindelse mellem aktørerne jf. stk. 2 og stk. 3. Det vil sige, at der ikke behøver at være tale om juridisk forbundne aktører, såsom koncernforbundne selskaber. Muligheden foreligger både, når enkelt økonomisk aktør¹⁹⁸ eller sammenslutning af økonomiske aktører¹⁹⁹ er tilbudsgivere.²⁰⁰ Denne mulighed kræver dog, at aktøren over for den ordregivende myndighed skal godtgøre, at denne råder over de nødvendige ressourcer. Spørgsmålet, om hvorvidt dette forhold er opfyldt, afhænger af, hvilke dokumentationskrav den ordregivende myndighed kræver herfor.²⁰¹ Det kan dog efter Klagenævnets praksis fastslås, at såfremt den ordregivende myndighed ikke har fastsat nogle krav for dokumentation, vil den økonomiske aktør opfylde betingelsen ved blot at anføre de andre enheders selskabsnavn samt CVR-nr, jf. Klagenævnets afgørelse af 21. juli 2011:

*"Den økonomiske aktør, der basere sig på andre enheders formåen skal over for ordregiver godtgøre, at han råder over de nødvendige ressourcer, jf. artikel 47 stk. 2. Det beror også i dette tilfælde på ordregiveren, hvorledes denne dokumentation skal tilvejebringes og ordregiveren er ikke bundet af den måde, som bestemmelsen anfører som et eksempel"*²⁰²

*"(Ansøgeren) har anført de 4 enheder, der er tale om, ved selskabsnavne og CVR-numre. Der er herved sket en klar identifikation af disse enheder, og der er i udbudsbekendtgørelsen ikke stillet yderligere krav til oplysning om disse enheders økonomiske og tekniske formåen."*²⁰³

I tilfælde af sammenslutninger kan de på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen jf. art. 47 stk. 3. Der er således ingen krav om, at det skal offentliggøres i udbudsgrundlaget. Dette fremgår også af udtalelser fra Klagenævnet. I Kendelsen af 8. februar 2008, Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune²⁰⁴ fastslår Klagenævnet;

¹⁹⁷ Kendelsen af 21. juli 2011, udtalelse s. 8, Ad påstand 1

¹⁹⁸ Stk. 2

¹⁹⁹ Udbudsdirektivets art. 4

²⁰⁰ Art. 47, stk. 3.

²⁰¹ Hovedafsnit 4 – Administrativ byrde - Dokumentationskrav

²⁰² Kendelsen af 21. juli 2011; udtalelse s. 8, Ad påstand 1

²⁰³ Kendelse af 21. juli 2011; udtalelse s. 9, Ad påstand 1

²⁰⁴ Kendelse af 8. februar 2008, Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune. Kendelsen omhandler Københavns kommunes udbud af en rammeaftale for indkøb af kontormøbler. Klagers ansøgning om prækvalifikation blev afvist. Herefter nedlagde klager påstand om, at indklagede havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation. Klager gjorde gældende, at eftersom det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at de

*"Herefter, og i det indklagede ikke er forpligtet til at oplyse tilbudsgivere om reglen i Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, har indklagede ikke handlet i strid med Udbudsdirektivet – ved at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation, med den begrundelse, at de regnskabsoplysninger... ikke opfyldte kravene i udbudsbekendtgørelsen."*²⁰⁵

Det er således den økonomiske aktørs eget valg, hvorvidt denne ønsker at basere sin økonomiske og finansielle formåen på en eller flere andre økonomiske aktørers formåen.

5.1.2 Behovet for ændringer

Den ordregivende myndighed har som udgangspunkt mulighed for selv at fastsætte det niveau af økonomisk og finansiell formåen som kræves for, at en økonomisk aktør kan komme i betragtning til den konkrete opgave. Såfremt den ordregivende myndighed alene angiver, hvilke dokumenter som ønskes fremlagt, foregår vurderingen alene ud fra en konkret og individuel vurdering af, hvorvidt den økonomiske aktør har en tilstrækkelig økonomi til at opfylde kontrakten. Såfremt den ordregivende myndighed derimod fastsætter minimumskriterier, som skal opfyldes, vil vurderingen blive baseret på, hvorvidt den økonomiske aktør opfylder kriterierne eller ej. En vurdering ud fra et eller flere absolutte krav vil alt andet lige være nemmere for den ordregivende myndighed at foretage, idet vurderingen vil blive foretaget i forhold til objektive værdier. Der er således forskel på, hvorvidt de ordregivende myndigheder alene fremsætter dokumentationskrav eller gennem minimumskriterier fastsætter et absolut krav, hvorfor problematikken i høj grad vil kunne komme i møde på myndighedernes eget initiativ.

Problemet i forhold til SMV'erne opstår ofte i de tilfælde, hvor der er opstillet absolutte kvalifikationskrav for finansiell formåen. Som tidligere beskrevet²⁰⁶ tydeliggør Kodekset,²⁰⁷ at kvalifikationskravene, opstillet i udbudsgrundlaget i større grad skal være proportionelle i forhold til kontraktens genstand.²⁰⁸ Dette er af central betydning for SMV'erne, idet for høje kriterier for formåen og egnethed vil udelukke en stor del af SMV'erne fra at deltage i diverse EU-udbud.²⁰⁹

Der kan være fare for, at de krav, den ordregivende myndighed opstiller, ikke er proportionelle nok set i forhold til kontraktens genstand, eller ikke er det krav, som bedst opfylder den betingelse vurderingen foretages ud fra. Selvom den ordregivende myndighed skal opfylde lovens proportionalitetskrav, vil dette forhold kun blive belyst ved hvert enkelt udbud, såfremt spørgsmålet rejses ved Klagenævnet eller ved domstolene.

Ud over Kodekset er der endvidere fokus på problematikken i Grønbogen.²¹⁰ Her opstiller Kommissionen idéen om at indføre et loft over visse krav vedrørende udvælgelse, navnlig for økono-

økonomiske mindstekrav, som klageren skulle opfylde for at blive prækvalificeret, kunne opfyldes gennem den økonomiske og finansielle formåen hos en tredjemand, var ligebehandlings- samt gennemsigtighedsprincippet ikke overholdt. Klagenævnet gav indklagede medhold og afviste dermed, at der var tale om overtrædelse af de udbudsretlige principper.

²⁰⁵ Udtalelse s. 6, ad påstand 1

²⁰⁶ Afsnit 1.2.3 - SMV'er og offentlig EU-udbud

²⁰⁷ SEK (2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 14 ff.

²⁰⁸ Art. 44, stk. 2. Bestemmelse i Udbudsdirektivet om "Egnehedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter"

²⁰⁹ SEK (2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 15

²¹⁰ KOM (2011) 15, af 27. januar 2011

misk formåen, for blandt andet at imødekomme SMV'erne.²¹¹ Med dette ønsker Kommissionen at øge fokus på den forskelsbehandling, som kunne opstå i udvælgelsesfasen og derved sikre bedre proportionalitet i udvælgelseskriterierne.²¹² At Udbudsdirektivet allerede opstiller en betingelse om proportionalitet, er ikke ensbetydende med, at betingelsen til enhver tid opfyldes tilstrækkeligt fra de ordregivende myndigheders side. Tiltaget i Grønbogen støttes af diverse organisationer, blandt andet kommenterer Danske Arkitektvirksomheder på de strenge omsætningskrav, som SMV'erne kan være udsat for. De udtaler, at der ikke bør være strenge omsætningskrav eller dokumentationskrav for økonomisk formåen for SMV'erne.²¹³ Dansk Erhverv er ligeledes enig i, at strenge omsætningskrav er en barriere for SMV'erne.²¹⁴ Også Folketinget støtter forslaget i Grønbogen om at sætte grænser for, hvad de ordregivende myndigheder kan kræve til omsætningen. *"Vi støtter forslaget som [...] at der indføres en øvre grænse for krav til omsætning"*²¹⁵

Bestemmelsen i henholdsvis Udbudsdirektivets art. 47 stk. 2 og 3, hvorefter en økonomisk aktør til enhver tid kan basere deres økonomiske og finansielle formåen på en eller flere andre økonomiske aktører, er alt andet lige en fordel for SMV'erne, idet de dermed har mulighed for at indgå i en sammenslutning for at opfylde de af myndigheden fremsatte krav. At dette er en fordel for SMV'erne støttes også i Kodekset, som anfører, at denne mulighed klart hjælper SMV'erne med at leve op til høje kvalifikationsniveauer og finansielle krav.²¹⁶ Der er ud fra ovenstående analyse grundlag for, en revidering af Udbudsdirektivet på dette område, der vil kunne skabe bedre adgang for SMV'erne.

5.2 Direktivforslaget

Den af Kommissionen fremsatte mulighed for at indføre et loft over visse krav for økonomisk og finansiell formåen er i et vist omfang medtaget i Direktivforslaget.²¹⁷ Kommissionen har indledningsvist i Direktivforslagets præambel anført deres baggrund for at indføre det pågældende loft i Direktivforslaget;

*"Alt for strenge krav vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet udgør ofte en urimelig hindring for SMV'ernes inddragelse i offentlige indkøb. Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at økonomiske aktører har en minimumomsætning på mere end tre gange kontraktens anslåede værdi. Højere krav kan imidlertid gøres gældende i behørigt begrundede tilfælde. Sådanne tilfælde kan omfatte øgede risici forbundet med kontraktens udførelse eller den kendsgerning, at kontraktens rettidige og korrekte udførelse er kritisk, eksempelvis fordi den udgør en nødvendig forudsætning for andre kontraktors udførelse."*²¹⁸

²¹¹ KOM (2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29 også omtalt i afsnit 1.3 - Grønbogen - den fremadrettede vej

²¹² KOM (2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

²¹³ Bilag 1, s. 14, spørgsmål 51.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Bilag 6: Folketingets høringsvar om Kommissionens grøn bog om offentlige indkøb KOM (2011) 15, af 27. januar 2011, s. 6, spørgsmål 45-61.

²¹⁶ KOM(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 16

²¹⁷ KOM(2011) 896 af 20. december 2011 og fremgår af art. 56.

²¹⁸ KOM(2011) 896 af 20. december 2011, s. 22, præambelens nr. 31.

Med denne udtalelse lægger Kommissionen op til, at de ved at indføre en bestemmelse om loft over kravet for minimumomsætning, kan medvirke til at lette SMV'ernes adgang. I Direktivforslaget er der indført art. 56, som er en sammenkobling af henholdsvis Udbudsdirektivets art. 44²¹⁹, 46²²⁰, 47²²¹ og 48²²², hvilket vil sige, at art. 56 således har samlet reglerne for egnethedsundersøgelse med kravene til økonomisk, finansiel, teknisk og faglig formåen. Dette fremgår af art. 56, stk. 1 litra a-c:

"De ordregivende myndigheder kan opstille betingelser for deltagelse vedrørende: a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv, b) økonomisk og finansiel formåen, c) teknisk og faglig formåen. De har ikke pligt til at stille alle de i stk. 2, 3 og 4 anførte betingelser, men må ikke stille andre krav end de anførte. De ordregivende myndigheder begrænser betingelserne for deltagelse til de betingelser, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiel kapacitet samt kommerciel og teknisk formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i et nøje forhold til kontraktens genstand under hensyntagen til kravet om at sikre en reel konkurrence."

Ud fra ordlyden er betingelserne for de økonomiske og finansielle krav med denne bestemmelse ændret markant. Den nuværende mulighed for at vælge, hvilke oplysninger den ordregivende myndighed ønskede indsendt for at vurdere niveauet af de økonomiske aktørers økonomisk og finansiel formåen, er i Direktivforslaget elimineret. Sidste led i stk. 1 tydeliggør, at de ordregivende myndigheder ikke længere kan vælge, hvilke dokumenter de finder relevante for at dokumentere aktørernes økonomiske eller finansielle formåen. Derimod er listen i art. 56 stk. 2-4 udtømmende, jf. ordlyden: "...men må ikke stille andre krav end de anførte."²²³ At den ordregivende myndighed ikke længere har samme mulighed for at vælge, hvilken form for dokumentation de ønsker fremlagt, er klart en indskrænkning i forhold til Udbudsdirektivets art. 47.

Endvidere skærpes bestemmelsen fra Udbudsdirektivets art. 44, stk. 2, 2. led vedrørende kravenes proportionalitet. Der er i Direktivforslaget indsat ordet *nøje*, hvilket må forstås som et ønske fra Kommissionens side om at skærpe proportionalitetsvurderingen, således de ordregivende myndigheder skal være mere opmærksomme på, hvorvidt de krav de stiller, er proportionelle i forhold til kontraktens genstand, eller om det ønskede mål kunne opnås gennem mindre indgribende krav. Derudover fastslår bestemmelsen meget direkte, at det hensyn, som skal foretages i forbindelse med fastlæggelse af de pågældende kriterier, er hensynet til at sikre en reel konkurrence. Hvorvidt Kommissionen ved denne formulering specifikt har haft SMV'erne i mente er uklart. Det må dog konstateres, at dette er meget muligt, eftersom Kommissionen i præamblen netop fokuserer på hensynet til SMV'erne i forbindelse med disse kvalifikationskrav. Såfremt der bliver foretaget en formålsfortolkning af bestemmelsen, vil denne også bekræfte denne skærpelse.

²¹⁹ Afsnit 5.1.1 - Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47

²²⁰ Udbudsdirektivets bestemmelse om retten til at udøve erhverv

²²¹ Afsnit 5.1.1 - Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47

²²² Udbudsdirektivets bestemmelse om krav til teknisk og faglig formåen

²²³ Det bemærkes, at dette kun er en ændring af retstilstanden i forhold til økonomisk og finansiel formåen, idet Udbudsdirektivets art. 48 vedrørende teknisk og faglig formåen, allerede er en utømmende opregning af, hvad de ordregivende myndigheder kan kræve.

Det fremgår, som benævnt direkte i betragtningen i præambelen nr. 31, at *"Alt for strenge krav vedrørende økonomisk og finansiel kapacitet udgør ofte en urimelig hindring for SMV'ernes inddragelse i offentlige indkøb. Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at økonomiske aktører har en minimumomsætning på mere end tre gange kontraktens anslåede værdi."* Dette indikerer klart, at bestemmelsen er reguleret for at imødekomme SMV'erne, hvorfor konkurrencehensynet, som omtalt i art. 56, også må forstås som en henvisning til SMV'erne.

Kravene til økonomisk og finansiel formåen jf. Direktivforslagets art. 56, stk. 3 fremgår af følgende citat:

*"Hvad angår tilstrækkelig økonomisk og finansiel formåen, kan de ordregivende myndigheder kræve, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig finansiel og økonomisk kapacitet. Med henblik herpå kan de kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker, og en tilstrækkelig erhvervsansvarsforsikring..."*²²⁴

Hermed fastslås det, at den ordregivende myndighed ved fastlæggelse af, hvorvidt den økonomiske aktør har tilstrækkelig finansiel og økonomisk formåen, som maksimum kan kræve, at disse har en vis minimumsårsomsætning. Dette kan både være generelt for alle virksomhedens aktiviteter, eller de ordregivende myndigheder kan vælge, at det skal være omsætningen for et specifikt område. Derudover kan de kræve, at de økonomiske aktører har en tilstrækkelig ansvarsforsikring. Bestemmelsen ligner de muligheder, som fremgår af Udbudsdirektivets art. 47, stk. 1, litra a og c,²²⁵ dog med den forskel at liste nu er udtømmende. Art. 56 stk. 3 fortsætter med at uddybe de krav, der stilles, såfremt de ordregivende myndigheder fastsætter minimumsårsomsætning:

*"... Minimumsårsomsætningen må ikke være højere end den tredobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i behørigt begrundede tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge- og anlægsarbejdet, tjenesteydelserne eller vareleverancerne. Den ordregivende myndighed anfører de pågældende ekstraordinære omstændigheder i udbudsdokumenterne..."*²²⁶

Dermed indskrænkes de ordregivende myndigheders skøn, eftersom minimumsomsætningen ikke må overstige kontraktens anslåede værdi x 3. Sådan et loft kan medvirke til, at de ordregivende myndigheder ikke opstiller forkrævende udvælgelseskriterier, således at SMV'erne fratages muligheden for at deltage. Endvidere må en sådan foranstaltning anses som værende en videreudvikling af den eksisterende forpligtelse til at anvende afbalancerede udvælgelseskriterier. Bestemmelsen i Direktivforslaget kan bevirke, at de ordregivende myndigheder, begrænses i deres råderum. De har således ikke samme mulighed for at have indflydelse på, hvad de finder bedst kan dokumentere, hvorvidt aktørernes økonomiske formåen er opfyldt. Det vil dermed alt andet lige begrænse de ordregivende myndigheders frihed til at bestemme, hvilke forhold de anser for at være nødvendige for at sikre, at kontrakten gennemføres bedst muligt. Baggrunden for denne indskrænkning må dog

²²⁴ Udbudsdirektivets art. 56, stk. 3, 1. led.

²²⁵ Litra a; *"relevante erklæringer fra en bank eller i givet fald bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring,"* litra c; *"en erklæring om den økonomiske aktørs samlede omsætning og i påkommende tilfælde omsætningen inden for det aktivitetsområde, kontrakten vedrører, i højst de tre seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår den økonomiske aktør blev etableret eller startede sin virksomhed, hvis tallene for denne omsætning foreligger."*

²²⁶ Udbudsdirektivets, art. 56 stk. 3, 2. led.

sammenholdes med bestemmelsens formål. Det formodes, at Kommissionen har fundet det nødvendigt at foretage en revidering af bestemmelserne, således disse indeholder et beskyttelseshensyn, hvorfor SMV'erne ikke i samme omfang som tidligere skal være udsat for uproportionelle krav.

Det skal bemærkes, at de ordregivende myndigheder, ved ekstraordinære omstændigheder, kan kræve højere minimumsomsætning end 3 x kontraktens anslåede værdi, såfremt der er tale om behørigt begrundede tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med kontrakten. Såfremt den ordregivende myndighed ikke opfylder betingelserne for at fravige bestemmelsen jf. art. 56 stk. 3 kan minimumsårsomsætningen umiddelbart anses som en indskrænkning i forhold til nuværende retstilstand. Hvad Kommissionen betragter som værende *ekstraordinære omstændigheder*, kan ikke umiddelbart udledes. Det må dog efter ordlyden formodes, at der skal være tale om helt særlige tilfælde hvor risiciene forbundet med kontraktens udførsel er af så stor betydning at de omkostningsmæssigt er nødsaget til at blive dækket yderligere, end hvad kontraktens anslåede værdi x 3 tillader.

Endvidere skal de ordregivende myndigheder tage højde for kontraktens anslåede værdi, hvis de beslutter sig for, at de økonomiske aktører skal opfylde en minimumsårsomsætning.

Udregningen af kontraktens værdi skal til enhver tid fastlægges i henhold til bestemmelserne i Direktivforslagets art. 5.²²⁷ Såfremt kontrakten opdeles, skal værdien fastsættes ud fra den samlede værdi af alle delkontrakterne. I det tilfælde udbuddet omfatter en rammeaftale skal værdien fastsættes ud fra den anslåede maksimumværdi. Årsomsætningskravet kan dog også, ved en rammeaftale, fastlægges på grundlag af den forventede maksimale størrelse af specifikke kontrakter, som vil blive gennemført samtidig. Som det heraf kan udledes, omfatter bestemmelsen i art. 56, stk. 3 også de tilfælde, hvor kontrakten er opdelt i delkontrakter, jf. bestemmelsens tredje led, samt ved rammeaftaler, jf. fjerde led.

Det kan diskuteres, hvorvidt dette loft for minimumsårsomsætningen overhovedet begrænser den ordregivende myndighed eller ej. Generelt er kontrakter, rent værdimæssigt, af en hvis størrelse for at være omfattet af Udbudsdirektivet. Med udgangspunkt i Direktivforslaget vil en kontraktens anslåede værdi mindst være 130.000 EUR,²²⁸ jf. art. 4, stk. 1, litra b,²²⁹ hvilket er knap 1.000.000 DKK. Dermed kan de ordregivende myndigheder ved denne form for kontrakt som maksimum kræve ca. 3 mio. kr. i årsomsætning. Dette kan være problematisk for de helt små eller helt nystartede virksomheder herunder nye innovative virksomheder.

Den seneste praksis fra Klagenævnet, i deres kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen²³⁰ kan sætte kriteriet for minimumsårsomsætningen i perspektiv. Den af kontrakten omfattede rammeaftale havde en anslået værdi på mellem 380-420 mio. kr.²³¹ Der kan derfor, på trods af loftet, blive tale om et meget højt beløb, som de ordregivende myndigheder faktisk kan kræve af de økonomiske aktører, nemlig en omsætning op til 1,2 mia. kr. I den pågæl-

²²⁷ Bestemmelsen i Direktivforslaget om metoder til beregning af den anslåede kontraktværdi

²²⁸ Udbudsdirektivets art. 7, samt Direktivforslagets art. 4, vedrørende tærskelværdier.

²²⁹ Bestemmelsen fastsætter tærskelværdien for kontrakter om vareindkøb og tjenesteydelser. Denne tærskelværdi er den laveste og dermed også det mindstebeløb en kontrakt efter Direktivforslaget kan omfatte.

²³⁰ Afsnit 5.1.1 - Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47, for resume.

²³¹ Kendelsen af 21. juli 2011; s. 1

dende kendelse havde Økonomistyrelsen *kun* krævet en årsomsætning på minimum 35 mio. kr. i det seneste disponible regnskabsår.²³² Det samme gør sig gældende for Klagenævnets kendelse af 8. februar 2008, Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune.²³³ Her var der ligeledes tale om en udbudt rammeaftale med en anslået værdi på 50 mio. kr.²³⁴ De ordregivende myndigheder krævede dog *kun* en omsætningen for hvert år i de sidste tre år på mindst 15 mio. kr., på trods af muligheden for at kræve op til 150 mio. kr.²³⁵ I begge kendelser har den ordregivende myndighed ikke været i nærheden af, at kræve kontraktens værdi x 3. Det må hermed konstateres, at de ordregivende myndigheder fortsat vil have et stort råderum på trods af loftet i art. 56 stk. 3, hvilket omvendt vil betyde, at SMV'erne alt andet lige ikke er stillet bedre end tidligere. Dette er ikke hensigtsmæssigt, eftersom formålet med bestemmelsen på ingen måde tilsigtes.

Det skal derudover bemærkes, at loftet i art. 56 kan omgås således SMV'ernes muligheder begrænses yderligere. De ordregivende myndigheder har ud fra nugældende retsgrundlag et vist råderum, når de skal vælge, hvilke udvælgelseskriterier de ønsker at anvende, fx når de skal begrænse antallet af økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud. De ordregivende myndigheder har samme muligheder i Direktivforslaget for at begrænse det antal af økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, til at forhandle eller til at deltage, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal egnede ansøgere.²³⁶ Såfremt dette er tilfældet, kan helt andre kriterier betyde, at loftet eller de krav som stilles til omsætningen²³⁷ i sig selv vil være uden betydning for SMV'erne. Dette vil blive yderligere belyst i det følgende.

I en af Klagenævnets nyeste kendelser, Lettershop Mailservice A/S mod Økonomistyrelsen af 16. januar 2012²³⁸ belyses denne problematik tydeligt. Det fremgår af kendelsen, at Økonomistyrelsen som udvælgelseskriterier, i forbindelse med prækvalifikationen af ansøgerne, havde valgt to forhold; "*Begrænsning af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud vil ske efter en vurdering af hvilke ansøgere, der A) har dokumenteret **den største samlede omsætning** og B) har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer af vare- og serviceydelser, som rammekontrakten vedrører.*"²³⁹ (Forfatterens egen markering)

Problemet vedrører kravet opstillet i pkt. A. Såfremt en økonomisk aktør til enhver tid kan anvende udvælgelseskriteriet; *dem som har dokumenteret størst samlede omsætning*, kan Direktivforslagets

²³² Kendelsen af 21. juli 2011; s. 3, sagens nærmere omstændigheder

²³³ Afsnit 5.1.1 - Udbudsdirektivets art. 44 og art. 47, for resume

²³⁴ Kendelsen af 8. februar 2008; s. 2

²³⁵ Kendelsen af 8. februar 2008; s. 3

²³⁶ Direktivforslagets art. 64, henholdsvis Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3

²³⁷ Dette skal ses i forhold til art. 56.

²³⁸ Kendelsen af 16. januar 2012, Lettershop Mailservice A/S mod Økonomistyrelsen omhandler udbuddet af en rammeaftale om indkøb af kopi og printydelser. Udbuddet foregik efter proceduren om begrænset udbud, hvorefter klager ikke blev prækvalificeret. Klager nedlagde herefter påstand om, at indklagede ikke havde overholdt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets art. 2 ved blandt andet at prækvalificere enheder med mindre omsætning end klagerens. Klagenævnet gav indklagede medhold, idet de ikke fandt grundlag for at tilsidesætte det skøn indklagede havde foretaget i henhold til kriterierne omhandlende størst samlede omsætning og mest relevant og omfattende leverancer.

²³⁹ Kendelsen af 16. januar 2012; s. 4, sagens nærmere omstændigheder

nye betingelser til valg af kriterier for økonomisk og finansiel formåen være uden betydning. Hvis de ordregivende myndigheder ønsker, at kontrakten skal tilfalde en større virksomhed, kan de sikre sig dette ved at stille det pågældende kriterium til udvælgelse, samtidig med at de begrænser antallet af deltagere i henhold til Direktivforslagets art 64 eller 65. Såfremt de vælger dette, vil SMV'erne lettere kunne udelukkes, såfremt der er ansøgere nok. Dette er selvsagt problematisk for SMV'erne, idet der ikke er regler som sikrer, at de ordregivende myndigheder ikke må særbehandle ved at prækvalificere dem med højest omsætning. Såfremt reglerne og indskrænkningerne i Direktivforslagets art. 56 skal have bedst mulig gennemslagskraft, skal der yderligere regulering til, således at de ordregivende myndigheder begrænses i at omgå reglerne ved at stille denne form for udvælgelseskriterium.

Det kan i henhold til ovenstående diskuteres, hvorvidt det vil være berettiget at anvende denne form for udvælgelseskriterium, såfremt Direktivforslaget i sin helhed bliver vedtaget. Det vil selvsagt gå imod formålet med bestemmelsen i art. 56, såfremt kravene heri uden yderligere problemer vil kunne omgås. Dette vil endvidere stride mod en formålsfortolkning af bestemmelsen, som klart henviser til, at revideringen af bestemmelserne om udvælgelse er foretaget for at sikre SMV'erne nemmere adgang. Det må være op til Klagenævnet eller domstolene at vurdere, hvorvidt denne form for udvælgelseskriterier skal være tilladt fremefter, eller om de i henhold til en formålsfortolkning vil finde et sådan krav uberettiget.

I Direktivforslaget har de økonomiske aktører samme muligheder som i Udbudsdirektivet for at basere sin økonomiske formåen på andre enheder, jf. Direktivforslagets art. 62. Bestemmelsen indeholder de samme betingelser som Udbudsdirektivets art. 47 stk. 2 dog med den tilføjelse, at den ordregivende myndighed kan kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse jf. art. 62 stk. 1. Det er ikke en ny mulighed, idet samme krav også kan anvendes i dag, på trods af at kravet ikke er anført i Udbudsdirektivet. Dette er begrundet i, at art. 47 i Udbudsdirektivet ikke skal anses som udtømmende, som det er tilfældet for bestemmelsen i Direktivforslaget, hvorfor de økonomiske aktører kan stille andre krav end dem oplyst i art. 47. Såfremt den ordregivende myndighed i større grad vælger at benytte sig af dette krav, er der formodning for, at det vil være vanskeligere for virksomhederne at få tilkendegivelser fra andre enheder, når det kræves, at de hæfter solidarisk. Andre enheder vil sandsynligvis overveje, hvorvidt de ønsker at indgå i et sådan samarbejde.

Det fremgår ikke direkte af art. 62, hvorvidt bestemmelsen om solidarisk hæftelse kun henviser til de tilfælde, hvor der er tale om et konsortium eller sammenslutning, eller hvorvidt bestemmelsen også omfatter de tilfælde, hvor den økonomiske aktør inddrager underleverandører for at opfylde kontrakten. Umiddelbart må det forstås således, at såfremt den økonomiske aktør direkte har baseret sin formåen på andre økonomiske aktører, er det alene overfor disse, at den ordregivende myndighed kan stille krav om solidarisk hæftelse.

På trods af ovenstående er både DI og Dansk Erhverv positive overfor loftet i art. 56. DI udtaler under overskriften *Bedre adgang for iværksættere og mindre virksomheder til at byde på offentlige opgaver*;²⁴⁰

²⁴⁰ Bilag 15: Dansk Industris hørings svar *vedrørende Kommissionens direktivforslag om modernisering af udbudsreglerne*, af 11. januar 2012, s. 6

*"DI finder det positivt, at direktivet opstiller en udtømmende liste over udvælgelseskrav, som kan stilles i forbindelse med et udbud (artikel 56). DI finder det endvidere positivt, at krav til omsætning for bydende virksomheder alene må være på tre gange den estimerede kontraktværdi."*²⁴¹

Dansk erhverv udtaler ligeledes;

*"Dansk Erhverv kan støtte den nye regel om loft over kravet til omsætning, jf. artikel 56 stk. 3. Det vil åbne adgangen for især mindre virksomheder, der kan have vanskeligt ved at dokumentere en meget stor omsætning."*²⁴²

Der er dermed en positiv holdning i dansk erhvervsliv til den pågældende ændring i Direktivforslagets art. 56. Det er umiddelbart bemærkelsesværdigt, at ingen af de pågældende organisationer har kommenteret eller ænset, at der er nogle problemområder forbundet med de nye tiltag i Direktivforslaget. Det må konstateres, at de pågældende omtalte organisationer ikke har haft samme tid og kompetence til at sætte sig ind i den reelle betydning af de nye tiltag, og derved *kun* har forholdt sig til formålet med bestemmelserne. Forfatterne støtter princippet i indførelse af et loft og strengere bestemmelser til de krav, som de ordregivende myndigheder kan kræve. Dog må det konstateres, at bestemmelsen i dens udformning ikke har opnået den rækkevidde, der må formodes at være formålet med bestemmelsen, hvilket er angribeligt.

5.3 Delkonklusion

Udbudsdirektivets art. 44 fastlægger området for, hvad de ordregivende myndigheder kan kræve ved egnethedsundersøgelser samt ved udvælgelse af deltagere i henhold til blandt andet art. 47 vedrørende økonomisk og finansiel formåen. Disse bestemmelser er blevet revideret og fremgår nu samlet af Direktivforslagets art. 56.

Det nye tiltag i art. 56 omfatter en indskrænkning i forhold til de ordregivende myndigheder valgmuligheder samt et loft over det årsomsætningskrav, de ordregivende myndigheder kan kræve af de økonomiske aktører. Loftet vil efter en ordlydsfortolkning ikke umiddelbart begrænse de økonomiske aktører i forhold til nugældende ret. Det er et fornuftigt initiativ, såfremt de ordregivende myndigheder til en vis grad må begrænse deres kriterier. Det må dog fastslås, at lofniveauet i mange tilfælde kan blive så højt, at kravene formentligt vil kunne begrænses ud fra en proportionalitetsbetragtning. Råderummet er således stadig stort i forhold til de beløb, der jf. praksis har været krævet og i forhold til, hvad det må forventes, SMV'erne kan opfylde. Derudover er det problematisk, at de ordregivende myndigheder tillige kan omgå disse indskrænkende regler, og derved favorisere de større virksomheder, ved anvendelse af specifikke udvælgelseskriterier. Hvorvidt det vil være muligt at anvende disse kriterier, må bero på Klagenævnet eller domstolene, såfremt spørgsmålet rejses i en sag. Hvis Klagenævnet eller domstolene herved vil anvende en formålsfortolkning af bestemmelsen, må det forventes, at dette vil udelukke anvendelse af denne form for udvælgelseskriterier.

²⁴¹ Bilag 15, s. 7

²⁴² Bilag 13: Dansk Erhvervs høringssvar *vedrørende Kommissionens direktivforslag om modernisering af udbudsreglerne*, af 11. januar 2012, s. 6

Ud over loftet til omsætningskravet indeholder art. 56 også en skærpet bestemmelse om proportionalitet. Kravet om proportionalitet skal *selvfølgelig* iagttages af de ordregivende myndigheder, men sanktionering af eventuelle overtrædelser vil først komme i betragtning, såfremt spørgsmålet rejses ved Klagenævnet eller domstolene. Der er således stadig mulighed for at SMV'erne gennem en egnethedsbedømmelse afskæres fra enten at få godkendt en anmodning om prækvalifikation eller afskæres fra at afgive tilbud.

Der er fortsat i henhold til Direktivforslaget mulighed for, at de økonomiske aktører kan basere deres økonomiske og finansielle formåen på andre økonomiske aktørers formåen. Dette må anses som en god mulighed for SMV'erne, men det må fastslås, at det til enhver tid vil kræve mere af en økonomisk aktør at skulle basere sin formåen på andre aktører, end hvis denne alene kunne opfylde de økonomiske krav. Det vil alt andet lige kræve fremlæggelse af yderligere dokumentation, og der kan være store tidsmæssige og økonomiske omkostninger forbundet med at få et sådan samarbejde igangsat.

Det beskyttelseshensyn, som Kommissionen har forsøgt varetaget ved revideringen af bestemmelsen om økonomisk formåen, kommer ikke til dens fulde ret ved udelukkende en ordlydsfortolkning. Det vil derfor kræve, at bestemmelsen bliver fortolket af Klagenævnet eller domstolene, før bestemmelsen forhåbentlig opnår den rette virkning, hvilket alt andet lige er kritisabelt og uhen-sigtsmæssigt.

6. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG OG INNOVATIONSPARTNERSKAB

I dette hovedafsnit vil læseren blive ført kronologiske gennem tiden for konkurrencepræget dialog. Først introduceres læseren for baggrund for udbudsformens fremkomst. Hernæst en kort beskrivelse af ordlyden af konkurrencepræget dialog i Udbudsdirektivet for efterfølgende at analysere retstilstanden ved benyttelse af retspraksis på området for at diskutere behovet for ændring af Udbudsdirektivet. Endeligt vil den nye bestemmelse i Direktivforslag blive analyseret for afslutningsvis at diskutere, hvilken effekt ændringsforslaget har for SMV'erne ved benyttelse af konkurrencepræget dialog.

6.1 Baggrunden for konkurrencepræget dialog

I Grønbogen fra 1996²⁴³ blev der stillet en række spørgsmål i forbindelse med EU's daværende og fremtidige politik inden for offentlige indkøb for efterfølgende at foreslå forbedringer af de daværende udbudsregler. Blandt andet blev den overdrevne brug af den daværende udbudsprocedure "udbud efter forhandling" problematiseret, idet proceduren var mindre egnet til at opfylde målsætningerne om gennemsigtighed i kontrakterne.²⁴⁴ Proceduren synes dog i de tilfælde, den gennem en restriktiv fortolkning anvendes korrekt, at give et økonomisk set mere tilfredsstillende resultat end traditionelt udbud.²⁴⁵ Ydermere ville *forhandlingsforbuddet* ikke blive varetaget tilstrækkeligt ved anvendelse af *udbud efter forhandling*. Derfor savnede der et faktisk råderum for de ordregivende myndigheder i tilfælde, hvor de stod med en kompleks kontrakt, hvor en dialog var nødvendig for indkøbet.

Som opfølgning til debatten omkring grønningen²⁴⁶ kom Kommissionen i 2000 med et nyt forslag til direktiv²⁴⁷, som skulle udvikle den allerede kendte procedureform *udbud efter forhandling*,²⁴⁸ og hermed give mulighed for dialog mellem de udbydende myndigheder og ansøgere.²⁴⁹ Dette forslag åbnede op for, at der ved særlige komplekse kontrakter fandt en dialog sted, således der blev skabt en effektiv konkurrencesituation. Kommissionens forslag indeholdte blandt andet muligheden for *cherry picking*,²⁵⁰ så myndighederne kunne vælge en kombination af flere af de forelagte løsninger.

²⁴³ KOM(1996) 583 af 27. november 1996

²⁴⁴ Ibid., pkt. 3.15

²⁴⁵ Ibid., pkt. 3.16

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv, KOM(2000) 275 af 30. august 2000, om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

²⁴⁸ KOM(2000) 275 af 30. august 2000, pkt. 3 samt art. 30, vedrørende regler for særligt komplekse offentlige kontrakter

²⁴⁹ Ibid., pkt. 3.6-3.8

²⁵⁰ Begrebet "Cherry Picking" skal forstås som det tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har mulighed for at "plukke" fra de forskellige løsningsforslag eller tilbud.

Det skal hertil nævnes, at udviklingen af procedureformen i første omgang afveg fra de konklusioner, som blev draget af Kommissionen i en tidligere meddelelse.²⁵¹ I denne meddelelsen foreslog Kommissionen, at der frem for at udvikle den dagældende procedure i stedet skulle skabes en helt ny udbudsprocedure for at efterkomme den manglende mulighed for dialog;

"... så udbudsprocedurerne tilføres mere smidighed og en dialog i løbet af en udbudsprocedure ikke længere hører til undtagelserne. Den vil foreslå en ny ordinær udbudsprocedure, "konkurrencepræget dialog", der vil blive tilføjet til procedurerne "offentligt udbud" og "begrænset udbud" og erstatte den nuværende procedure "udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse". Især under hensyntagen til principperne om åbenhed og ligebehandling må det præciseres, under hvilke betingelser og på hvilken måde, de ordregivende myndigheder vil have adgang til denne procedure og hvorledes den afvikles".²⁵²

I deres meddelelse fastslog de endvidere, at grundlaget for at indføre en ny procedure var, at der ved særlige komplekse kontrakter ikke tidligere havde været mulighed for at indgå en dialog med tilbudsgiverne.

"... i forbindelse med særligt komplekse indkøb, der er i konstant udvikling, såsom højteknologi, har adskillige indlæg bekræftet Kommissionen i den konstatering, at indkøberne kender deres behov, men ikke på forhånd kender den mest velegnede tekniske løsning, der kan tilfredsstille behovene. I sådanne tilfælde er det derfor nødvendigt med en diskussion om kontrakten og en dialog mellem køber og leverandør. Imidlertid giver de almindelige udbudsprocedurer i de "klassiske" direktiver (direktiv 93/36/EØF - indkøb, direktiv 93/37/EØF - bygge og anlægsarbejder, og direktiv 92/50/EØF - tjenesteydelser), kun ringe spillerum for en diskussion i hele forløbet med kontrakttildelingen, og de betragtes derfor som utilstrækkeligt fleksible i sådanne situationer."²⁵³

Efter at Kommissionens direktivforslag forelå, kom Regionsudvalget med en udtalelse til forslaget. Regionsudvalget stillede sig kritisk i deres udtalelse til Direktivforslaget,²⁵⁴ idet de ikke mente, at forslaget ikke var tilstrækkeligt vidtgående, da forslagets udvikling af proceduren kun kunne anvendes i særlige tilfælde. Regionsudvalget opfordrede derfor Kommissionen til ændre direktivet, så de ordregivende myndigheder fik mulighed for at benytte en ny udbudsprocedure, som skulle være kendetegnet ved stor fleksibilitet og mulighed for en bred dialog med tilbudsgivere før, under og efter proceduren.²⁵⁵ Det økonomiske og Sociale Udvalg (ØSU) udtalte i den forbindelse ligeledes, at et forslag, som ville åbne op for innovative løsninger gennem en konkurrencebaseret dialog, ville være en udmærket nyskabelse, idet retspraksis ikke tillod dette på det foreliggende grundlag.²⁵⁶ ØSU opfordrede til, at bestemmelserne, som de forelå i forslaget blev ændret, så der blev sikret en bedre balance mellem myndighederne og tilbudsgivernes interesse, og dermed tog ØSU også afstand fra den del af Kommissionens forslag, som indeholder muligheden for Cherry-Picking.²⁵⁷ På denne baggrund ændrede Kommissionen sit direktivforslag ved at indføre udbuds-

²⁵¹Meddelelse fra Kommissionen, KOM(1998) 143 af 11. marts 1998, *Offentlige indkøb i den Europæiske Union*.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ (2001/C 144/08) af 16. maj 2001 – Regionudvalgets udtalelse - *Nye regler ved særligt komplekse offentlige kontrakter*

²⁵⁵ Ibid., pkt. 2.2.6

²⁵⁶ (2001/C 193/02) af 10. juli 2001 - Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, pkt. 4.4

²⁵⁷ Ibid., pkt. 4.4.2 Kommissionens forslag indeholdte i første omgang muligheden for at sammensætte de foreslåede løsninger, således der kunne opnås en samlet løsning, der bedst forventedes at opfylde det foreliggende offentlige be-

formen "konkurrencepræget dialog" i Rådets Fælles Holdning og efterfølgende i det endelige Udbudsdirektiv.²⁵⁸

*"Ordregivende myndigheder, som udfører yderst komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger". [...] "I det omfang offentligt eller begrænset udbud ikke måtte muliggøre indgåelse af sådanne kontrakter, bør der derfor indføres en fleksibel procedure, som både tilgodeser konkurrencen mellem økonomiske aktører og de ordregivende myndigheders behov for at drøfte alle kontraktens aspekter med hver ansøger."*²⁵⁹

Proceduren har grundlæggende til hensigt at omfatte en dialogfase, hvor specifikationerne fastsættes på grundlag af en forhandling med udvalgte deltagere, og affattes endeligt således;

Art. 1 stk. 11, litra C;

Ved »konkurrencepræget dialog« forstås en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.

Med henblik på anvendelsen af proceduren i første afsnit anses en offentlig kontrakt for at være »særligt kompleks«,

- når den ordregivende myndighed ikke er i stand til i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål, og/eller

- ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt

Art. 29 stk. 1

I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog i overensstemmelse med denne artikel.

6.2 Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

Formålet med vedtagelsen af en ny udbudsprocedure, konkurrencepræget dialog, i de nye direktiver i 2004,²⁶⁰ var, som anført i forrige afsnit, at stoppe for den overdrevne brug af daværende ud-

hov. Dette ville være optimalt set fra ordregivende myndigheds side, hvorimod det vil have nogle uacceptable følger for tilbudsgiverne, der herved ville afsløre deres erhvervshemmeligheder til konkurrenterne.

²⁵⁸ Udbudsdirektivet art. 29

²⁵⁹ Rådets fælles holdning (2003/C 147 E/01) af 20. marts 2003, med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/.../EF af ... om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, indledende bemærkninger (29)

²⁶⁰ Herunder Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet)

budsprocedure *udbud efter forhandling*. EU ville skabe en ny procedure, som både kunne opfylde de udbudsretlige principper og anvendes i de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke selv havde mulighed for at præcisere eller opstille krav til anskaffelsen. Dette er anført i Kommissionens Explanatory note,²⁶¹ hvor det beskrives, at proceduren skal skabe mere fleksibilitet, og hvor parterne har mulighed for at diskutere alle aspekter af kontrakten med hver kandidat – men at dette selvfølgelig skal ses i lyset af, at proceduren kun må anvendes, når betingelserne herfor er opfyldt.

*"As set out in recital 31, the legislation has therefore set itself the objective of providing for "a flexible procedure ... which preserves not only competition between economic operators but also the need for the contracting authorities to discuss all aspects of the contract with each candidate." ... However, it should be noted that the competitive dialogue is a procedure which can only be used in the specific circumstances expressly provided for in Article 29."*²⁶²

For at kunne fastlægge, hvorvidt 2004-tiltaget "konkurrencepræget dialog" anvendes i dag, og hvorvidt det har opfyldt de ønskede formål, må den nuværende retstilstand fastlægges. Dermed er det også muligt at undersøge, om der er grundlag for at ændre den nuværende retstilstand, og hvorledes det nye udbudsdirektiv ændrer herpå. I det følgende vil disse forhold blive belyst gennem både analyse og diskussion.

6.2.1 Udbudsdirektivets art. 29

Som anført i indledningen benyttes *konkurrencepræget dialog* kun i undtagelsestilfælde,²⁶³ eftersom udbudsformen til dels strider mod de udbudsretlige principper, der begrænser kommunikation og forhandlinger, heriblandt forhandlingsforbuddet²⁶⁴ samt gennemsigtighed og ligebehandling.²⁶⁵ Det er en fleksibel udbudsform forstået på den måde, at de ordregivende myndigheder, ved indkøb af særlige komplekse kontrakter,²⁶⁶ kan få hjælp til afklaring af, hvilke muligheder og krav, der kan stilles til den ydelse, som ønskes.

Udbudsformens fleksibilitet har på ingen måde at gøre med, hvor nemt det er at tilgå denne procedure. Komplexiteten for at anvende konkurrencepræget dialog udtrykkes således i præambelen:²⁶⁷

- hvor den ordregivende myndighed, på baggrund af objektivitet, ikke kan præcisere de tekniske vilkår til opfyldelse af behov og formål med den konkrete anskaffelse, eller

²⁶¹ Kommissionen har tydeliggjort forståelsen for konkurrencepræget dialog i en såkaldt "Explanatory note", jf. Bilag 7: *European Commission: Directorate General Internal Market and Services, Public Procurement Policy: Explanatory Note – Competitive Dialog, Classic Directive*. Her har Kommissionen lempet adgangen til at forhandle tilbud, der ellers ikke accepteres i offentligt udbud og begrænset udbud.

²⁶² Bilag 7, s. 1

²⁶³ Den ordregivende myndighed kan kun benytte konkurrencepræget dialog, hvis den mener, at offentligt udbud eller begrænset udbud ikke kan benyttes, da der i forbindelse med udarbejdelse af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne på dette tidspunkt ikke er muligt at præcisere eller opstille krav til anskaffelsen.

²⁶⁴ Bilag 7, s. 1 og 9 samt afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

²⁶⁵ Ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsprincippet som defineret i afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

²⁶⁶ Udbudsdirektivets art. 29, stk. 1. Se også afsnit 6.1 – Baggrunden for konkurrencepræget dialog, hvor artiklen er angivet.

²⁶⁷ Betragtning i Udbudsdirektivets præambel nr. 31

- hvor den ordregivende myndighed ikke objektivt er i stand til at præcisere de finansielle og/eller de juridiske forhold i forbindelse med anskaffelsen.²⁶⁸

Hertil er det vigtigt at fastslå, at der ikke må foreligge egen skyld fra myndighedens side.²⁶⁹ Dette præciserer Konkurrencestyrelsen i sin vejledning,²⁷⁰ at kompleksiteten til fastlæggelse af vilkår og løsninger skal være objektivt umuligt uden egen skyld. Konkurrencestyrelsen formulerer det således, at umuligheden med hensyn til beskrivelsen skal forstås som et *absolut begreb*, hvorfor umuligheden ikke må begrundes i den ordregivende myndigheds dårlige kompetence og/eller erfaringer med EU-udbud eller med den begrundelse, at den ordregivende myndighed ikke har skaffet sig hjælp til beskrivelsen og præcisering af anskaffelsen hos sagkyndige.²⁷¹ Derfor påhviler det den ordregivende myndighed en vis undersøgelsespligt for at imødekomme en tilstrækkelig præcisering af krav til anskaffelsen, således konkurrencepræget dialog principielt ikke iværksættes.

Anvendelse af denne udbudsform skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen,²⁷² og tildeling sker udelukkende efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.²⁷³ Konkurrencepræget dialog forløber i tre faser,²⁷⁴ hvor der i første fase sker en prækvalificering i henhold til art. 44-52²⁷⁵ af ansøgere, som den ordregivende myndighed udvælger til at deltage i processen. Antallet af egnede deltagere kan begrænses, hvis den ordregivende myndighed oplyser dette i udbudsbekendtgørelsen. Begrænsningen skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, jf. art. 44, stk. 3. Der skal dog som minimum være tre deltagere til sikring af effektivt konkurrence.²⁷⁶ Hernæst

²⁶⁸ Betragtning i Udbudsdirektivets præambel nr. 31: "...det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og /eller finansielle og juridiske løsninger." Præambelen nævner i samme præmis eksempler på anskaffelser: "vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store EDB-net og projekter, der indebærer en kompleks, struktureret finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen". Det skal tydeliggøres, at de nævnte situationer ikke er en positiv opstilling af anvendelsesområdet, men blot en indikation. Afvejningen må derfor bero på en konkret vurdering.

²⁶⁹ Betragtning i præambelen nr. 31, 1. punktum: "uden egen skyld".

²⁷⁰ Bilag 8: Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006. pkt. 6.1.3 afsnit II - Hvornår kan konkurrencepræget dialog anvendes?

²⁷¹ Ibid., s. 81 samt bilag 7, s. 2.

²⁷² Udbudsdirektivets art. 29, stk. 2. samt afsnit 2.5 - Begrebsafklaring, med henvisning til definitionen af *udbudsgrundlaget*.

²⁷³ Udbudsdirektivets art. 29, stk. 1, 2. punktum.

²⁷⁴ Noget litteratur beskriver det som to faser, eftersom *udvælgelsesfasen* ikke anses som en fase, men blot som opstart til *dialogfasen*.

²⁷⁵ De opstillede minimumskrav for at blive erklæret egnet til at deltage som tilbudsgivere, skal først og fremmest fremgå af udbudsbekendtgørelsen og være hjemlet i Udbudsdirektivets art. 45-52, således de ikke må gå udover, hvad der er tilladt. Dette blev nærmere uddybet i afsnit 5. Økonomisk formåen.

²⁷⁶ Minimumskravet til antallet af deltagere fortolkes anderledes af Konkurrencestyrelsen, jf. deres vejledning, se bilag 8. Efter deres opfattelse, skal de tre deltagere være minimumsantallet der efter dialogfasen afgiver tilbud. Herved skal der allerede i udvælgelsesfasen prækvalificere et højere antal end tre deltagere til at deltage i processen, for at sikre at der efter dialogfasens udskillelse afsluttes med tre deltagere til at afgive deres endelige tilbud. Denne fortolkning kan ikke tiltrædes af forfatterne til dette speciale. Tvivlen om fortolkningen fremgår af art. 44, stk. 3, 2. punktum: "Ved begrænset udbud, udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse og ved konkurrencepræget dialog kan de ordregi-

indleder den ordregivende myndighed en dialog med de udvalgte tilbudsgivere for at indkredse og fastslå, hvilke løsninger der bedst muligt varetager den ordregivende myndigheds konkrete behov.²⁷⁷ Dialogen forløber i flere omgange, hvor de udvalgte deltagere kan opfordres til at afgive reviderede løsningsforslag, der er tilpasset den ordregivende myndigheds behov. Ved afslutning af den enkelte omgang foretages en frasortering på grundlag af de tildelingskriterier, som er opstillet i udbudsmaterialet, således antallet af løsningsforslag reduceres. Endeligt skal de udvalgte tilbudsgiver(e)²⁷⁸ afgive tilbud på grundlag af dialogen,²⁷⁹ hvorefter disse vurderes for afslutningsvis at komme frem til det vindende tilbud efter tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hele processen skal foregå med respekt for ophavsretten, hvorfor oplysninger om tilbudsgivernes tekniske eller økonomiske erhvervshemmeligheder, tegninger mm. hverken må tilgå eller

*vende myndigheder begrænse antallet af ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, til at forhandle eller til at deltage, forudsat at der er et tilstrækkelig antal egnede ansøgere." "... ved konkurrencepræget dialog er mindsteantallet tre." Hermed må formuleringen *afgive tilbud* knytte sig til begrænset udbud og formuleringen *forhandle* knytte sig til udbud med forhandling, hvorfor formuleringen *deltage* knytter sig til konkurrencepræget dialog. Det vil også svært vanskeligt for de ordregivende myndigheder at fastlægge antallet ved prækvalifikation, således de efter dialogfasens gradvise indkredsning med sikkerhed ender på tre tilbudsgivere, der skal afgive tilbud. Konkurrencestyrelsen fortolkning tiltrædes ikke af anden litteratur, se herunder Peytz, H. m.fl (2004) s. 3, Fabricius, J. (2010) s. 182 og Poulsen, S. T. m.fl. (2011) s. 363. Konflikten her vil ikke blive behandlet yderligere eftersom den ikke har større relevans for specialets problemformulering, dog skal der ikke afvises, at problematikken kan have været en af årsagerne til at ændre konkurrencepræget dialog*

²⁷⁷ Udbudsdirektivets art. 29, stk. 3.

²⁷⁸ Det er endnu ikke endeligt afklaret om alle deltagere skal have mulighed for at afgive tilbud, eller om dette skal begrænses til de tilbudsgivere, hvis løsningsforslag stadig findes interessante. Udbudsdirektivets art. 29, stk. 6 skriver: "*efter at have erklæret dialogen for afsluttet og efter at have underrettet deltagerne herom opfordrer de ordregivende myndigheder deltagerne til at afgive deres endelig tilbud på grundlag af de løsninger, der er forelagt og præciseret under dialogen.*" Ifølge Poulsen, S. T. m.fl. (2007) så skal svaret ikke skal findes ovenstående citat, men at det derimod følger fortrolighedsforpligtelsen, jf. Udbudsdirektivets art. 6, som er en generel bestemmelse om respekt for fortrolige oplysninger, og art. 29, stk. 3, 3. punktum, som fastslår, at de ordregivende myndigheder ikke må afsløre løsninger mellem tilbudsgiverne uden samtykke. Fortrolighedsforpligtelsen over for de fortrukne løsningsforslag bevirker, at de øvrige deltagere ikke kan opnå den viden som kræves, og derved indirekte ikke får mulighed for at afgive tilbud. Dette støttes også af Konkurrencestyrelsen (2006), bilag 8, s. 81-82.

Konflikten her vil ikke blive behandlet yderligere eftersom den ikke har større relevans for specialets problemformulering, dog skal der ikke afvises, at problematikken kan have været med til at ændre konkurrencepræget dialog, som i sidste ende vil gavne SMV'erne.

²⁷⁹ Der foreligger en del usikkerhed vedrørende, hvor meget dialog der må være i tilbudsfasen. I forhold til procedureformen Udbud med forhandling må der forekomme en dialog med tilbudsgiverne helt frem til kontraktstildelingstidspunktet. Modsat foreligger der ved konkurrencepræget dialog en begrænset mulighed for at fortsætte dialogen i tilbudsfasen, jf. Kommissionens udtalelse i Explanatory note, Bilag 7. Ifølge Udbudsdirektivets art. 29, stk. 6 fremgår det udtrykkeligt: "*På den ordregivende myndigheds anmodning kan disse tilbud afklares, præciseres og tilpasses.*" "... ikke medføre, at der ændres ved grundlæggende elementer i tilbuddet..". Der betvivles ikke, at handlefriheden for en individuel forhandling og tilpasning i tilbudsfasen ikke er sammenfaldende med den fleksibilitet, der er i tilbudsfasen som under Udbud med forhandling, jf. Fabricius, J. (2010) s. 192 og udtalelse fra Offersen, R. (2009) s.6.

afsløres til andre tilbudsgivere, hvilket blev tydeliggjort ved udarbejdelse af Udbudsdirektivet i 2004, jf. afsnit 6.1.²⁸⁰

6.2.2 Restriktivt anvendelsesområde

Der foreligger en del skeptisk i litteraturen vedrørende konkurrencepræget dialog fra den dag udbudsproceduren blev en realitet i 2004. Først og fremmest må udbudsformen betragtes som værende både tidskrævende og bekostelig for alle parter, hvilket i sig selv kan virke hæmmende og afskrækkende på SMV'erne. Det må forventes, at gennemførelse af en dialogfase for tilbudsgiverne betyder omkostninger til blandt andet deltagelse i møder, løn, indsamling af information vedr. virksomhedens kapacitet og ressourcer, samt omkostninger til udarbejdelse af flere løsningsforslag, som ydermere kan kræves tilpasset undervejs.²⁸¹

Andre problematikker i henhold til konkurrencepræget dialog vedrører selve udbudsformens indhold samt benyttelse af denne procedure. Her kan nævnes usikkerhed om, hvem der må afgive tilbud, hvor mange som skal prækvalificeres, og om der fortsat må forhandles i tilbudsfasen. Disse problematikker er nævnt ovenstående i noteform,²⁸² og vil ikke blive behandlet yderligere, da disse ligger uden for Specialets emneområde. Specialet vil i stedet koncentrere sig om selve procedurens anvendelsesområde. Det vil sige, i hvilke tilfælde proceduren kan anvendes. Netop denne afklaring vil efterfølgende blive holdt op mod SMV'ernes nugældende og fremtidige adgang til offentlige kontrakter med denne udbudsform.

I forbindelse med anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog omhandler en stor del af kritikken, at denne er for snæver, da udbudsformen har mange krav, som skal opfyldes før denne kan anvendes, herunder kortfattet nævnt "en udbudsform til undtagelser", "særlig komplekse kontrakter" og "uden egen skyld".²⁸³ Dette stemmer ikke overens med hensigtens bag konkurrencepræget dialog,²⁸⁴ hvorfor udbudsproceduren af nogle betragtes som en fiasko allerede fra begyndelsen.²⁸⁵ Udbudsformen var forinden sin endelige form tiltænkt som en slags fleksibel procedure mellem begrænset udbud og udbud med forhandling - forudsat at kravene opfyldes. En god løsning da udbud efter forhandling, som omtalt, blev overdrevet anvendt, samtidig med at begrænset udbud blev betragtet som ufleksibel pga. manglende råderum. Desværre forringes fleksibiliteten, da de skærpede krav til benyttelse af proceduren indskrænkes til kun at omfavne offentlige kontrakter, der betragtes som særlig komplekse. Dette støttes i en artikel af Steen Treumer.²⁸⁶ Han mener, at bestemmelsen har nogle mangler, hvilket fører mod en uklar og kompleks forståelse:

*"the drafting of the relevant provisions and namely the main provision on competitive dialogue in Art.29 has some shortcomings and does not necessarily lead to clarity and simplicity"*²⁸⁷

²⁸⁰ Udbudsdirektivets art. 6 og art. 29, stk. 3, 3.punktum.

²⁸¹ Der henvises til undersøgelsen i afsnit 4.1.1.1 - Specifikationsmetoder, som understøtter det faktum at offentlige udbud er omkostningsfulde for de økonomiske aktører.

²⁸² Note 273-276 under afsnit 6.2.1 - Udbudsdirektivets art. 29

²⁸³ Afsnit 6.2.1 - Udbudsdirektivets art. 29

²⁸⁴ Afsnit 6.1 - Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

²⁸⁵ Brown, A. (2004) s. 176

²⁸⁶ Treumer, S. (2004)

²⁸⁷ Ibid., s. 178

Steen Treumer mener ydermere, at der er fare for, at de ordregivende myndigheder vil fejlfortolke bestemmelsen for bredt - specielt definitionen "*særlig kompleks kontrakt*", og dermed anvende konkurrencepræget dialog, hvor det ikke er berettiget:

*"However, contracting authorities are likely to interpret the concept of particularly complex contracts in a wide sense in order to escape the open and restricted procedures and surely the competitive dialogue will be applied in many cases where it is not justified"*²⁸⁸

Han gør herved opmærksom på, at det ikke er klart ud fra ordlyden, hvad bestemmelsen omfatter, eller hvad anvendelsesområdet for bestemmelsen er.

Ifølge ordlyden skal kompleksiteten til fastlæggelse af vilkår og løsninger således være objektivt umuligt og uden egen skyld, hvorfor de almindelige procedureformer ikke vil kunne benyttes. Sådan en vurdering i praksis er yderst vanskeligt, fordi det er uklart, hvilken betydning der skal tillægges ordene *objektivt umuligt*, når de ordregivende myndigheder ikke er i stand til at fastlægge forholdene. Der vil derfor altid være en forøget procesrisiko forbundet med at anvende konkurrencepræget dialog.

6.2.2.1 Kendelse fra Klagenævnet for Udbud

Når direktivet og præambelens fortolkning af *objektivt umuligt* ikke rækker længere en beskrevet ovenfor, må fastlæggelsen af retsgrundlaget søges afklaret gennem retspraksis. Desværre har EU domstolen endnu ikke haft mulighed for at bidrage med fortolkning, hvorfor retspraksis er skabt af Klagenævnet. Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog blev første gang prøvet ved Klagenævnet i januar 2008,²⁸⁹ hvor umulighedskriteriet blev afprøvet. Klager havde gjort gældende, at der ved særlige komplekse kontrakter gjaldt et krav om objektiv umulighed, jf. præambelen, hvilket han ikke mente at være opfyldt i den konkrete sag. Klagenævnet udtalte:

*"Uanset præambelens ordlyd er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af "absolut umulighed" for anvendelse af de traditionelle udbudsformer.."*²⁹⁰
*"Der er herefter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et vist - ganske vist begrænset skøn - ved vurdering af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt."*²⁹¹

I vurderingen om der var tale om en kompleks anskaffelse, lagde Klagenævnet vægt på, at der ikke tidligere var opført tilsvarende automatisk parkeringsanlæg, selvom disse dog blev produceret i Danmark. Alligevel forelå der ingen egen skyld, da den ordregivende myndighed ønskede et anlæg med bestemte arkitektoniske rammer og med et særligt brugermønster. Herefter anså Klagenæv-

²⁸⁸ Treumer, S. (2004) s. 179

²⁸⁹ Kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S omhandler: Ørestadsparkering A/S (som er underlagt det offentlige) ønskede opført automatisk parkeringsanlæg med et særligt brugermønster, hvorfor de betragtede anskaffelsen som særlig komplekst. En af de deltagere anlagde sag mod Ørestadsparkering, efter de havde tildelt kontrakten til anden side, med påstand om, at betingelserne for udbudsformen ikke var opfyldt. Klagenævnet fandt, at den ordregivende myndighed havde fulgt retningslinjerne for konkurrencepræget dialog, hvorfor klagen ikke tages til følge.

²⁹⁰ Citat fra kendelsen af 8. januar 2008; s. 21.

²⁹¹ Ibid., s. 22.

net kravene til anvendelse af konkurrencepræget dialog for opfyldt, eftersom et eksakt tilsvarende parkeringssystem ikke fandtes i Danmark, da ingen af tilbudsgiverne fuldt ud kunne indfri kravene til den offentlige anskaffelse.

Klagenævnet ligger herved en relativ fortolkning af umulighedsbegrebet, således at *objektivt muligt* ikke skal forstås som absolut. Der fandtes jo allerede, forud for udbuddet, nogle automatiske parkeringsanlæg, som langt hen ad vejen, opfyldte den indklagedes behov, hvorfor "objektivt umuligt" ikke kunne betragtes som *absolut umuligt*. Når Klagenævnet så alligevel finder, at betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt, må dette begrundes med, at Klagenævnet tilkommer den indklagede et vist skøn, når myndigheden forinden skal vurdere, om konkurrencepræget dialog er egnet i det konkrete tilfælde. Hermed fastlægger Klagenævnet i 2008 en kurs mod at udvide anvendelsesområdet i forhold til ordlydens omfang, hvilket på daværende tidspunkt kunne være glædeligt nydt for fremtidige udbud af offentlige kontrakter.

6.2.2.2 Absolut eller relativ umulighed

Ovenstående fortolkning modsvarer reelt det, som er benævnt tidligere, hvad Konkurrencestyrelsen nævner i sin vejledning.²⁹² De tydeliggør først og fremmest, at anvendelsesområdet kun er tilegnet komplekse kontrakter, hvor det er objektivt umuligt at fastsætte de tekniske, juridiske eller finansielle forhold i forvejen. Dernæst nævner de direkte, at umulighedsbegrebet skal forstås som et absolut begreb. En skærpet dansk fortolkning, som sandsynligvis har taget afsæt i Kommissionens vejledning samt præmissen, jf. Explanatory note:

*"In view of the fact that this is a special procedure whose use is regulated, it is necessary to examine on a case by case basis the nature of the market in question, taking account of the capacity of the contracting authority concerned to verify whether use of the competitive dialogue would be justified. This is because the concept of objective impossibility is **not an abstract concept**; it is mitigated by the preciseness of the recital under which the contracting authorities concerned find themselves in this situation "without this being due to any fault on their part".*²⁹³ (forfatterens egen markering)

Det må hermed fortolkes, at Kommissionen anlægger knap så skærpet fortolkning som Konkurrencestyrelsen. Kommissionen fastslår nemlig, at betingelsen om umulighed ikke er et abstrakt (i overført betydning "relativ") begreb, og må dermed betragtes som absolut. Umiddelbart kunne dette antyde, at de er af samme opfattelse af umulighedskriteriet som Konkurrencestyrelsen. Dog anfører Kommissionen tilsvarende, at betingelsen skal vurderes ud fra det konkrete tilfælde. Hermed må det forstås, at muligheden skal fortolkes ud fra konteksten, hvorfor det må svare til *relativ* umulighed, og ikke *absolut*. Med andre ord absolut med en lille tvist af relativitet, hvorfor der er anlagt en knap så skærpet fortolkning i modsat til Konkurrencestyrelsens fortolkning. Om den relative betragtning skal fortolkes, som klagenævnet i ovenstående kendelse har fortolket det, betvivles, da Kommissionen netop anvender ordene "*not an abstract concept*", for netop at tydeliggøre indskrænkningen af bestemmelsen. Så længe EU Domstolen ikke har taget stilling til fortolkningen, må klagenævnets fortolkning anses som gældende ret i Danmark.

²⁹² Tidligere beskrevet i afsnit 6.2.1 – Udbudsdirektivets art. 29 og bilag 8, s. 81.

²⁹³ Bilag 7, s. 2

Steen Treumer anføre i sin artikel, at kun meget få kontrakter faktisk vil kunne opfylde kravene for at anvende konkurrencepræget dialog, såfremt domstolene fremover ikke kommer til at fortolke bestemmelsen mindre restriktivt, end hvad ordlyden giver udtryk for:

*"... If they do not, this part of the revision of the public procurement rules has been much ado about nothing, as only a very limited number of procedures will fulfil the strict requirements for the use of the competitive dialogue."*²⁹⁴

En erkendelse som Kommissionen muligvis også har været klar over efter direktivets vedtagelse, hvorfor de i den efterfølgende Explanatory Note kommer med den pågældende udtalelse, jf. ovenstående citat. Herved åbnes der en anelse for, hvad der kan være omfattet af.

Andre forfattere, herunder Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, læner sig dog også op ad Klagenævnets praksis, hvorfor umulighedsbegrebet skal anses relativt. Dette fremgår af følgende citat:

*"Der er dog formentlig grænser for de anstrengelser, som pålægges ordregiveren derved, således at der snarere end den fuldstændige objektive umulighed må tages udgangspunkt i, hvad en ordregivende myndighed, der råder over sædvanlige kompetencer i relation til projekter som det omhandlede, ville kunne fastlægge."*²⁹⁵

Der skal dog herved ikke være tvivl om, at en ordregivende myndighed stadig har en vis undersøgelsespligt. Således objektivt umulighed ikke begrundes i mangel på viden og indsigt.

Mere ekstrem er kritikeren Adrian Brown, der allerede i 2004 udgiver en artikel som opråb idet, at direktivets endelige form, efter hans mening, adskiller sig fuldstændig fra, hvad der var tanken med konkurrencepræget dialog. Han understreger i den forbindelse, at meningen med det nye direktiv var at introducere nye og mere fleksible procedure: *"... the new Directive has the laudable aim of attempting to introduce a more flexible process"*,²⁹⁶ men at det ender med, at udbud med forhandling er mere fleksibel end konkurrencepræget dialog: *"...there remains at least a perception that the competitive negotiated procedure is more flexible than the competitive dialogue."*²⁹⁷ Han påpeger endvidere at der efter hans opfattelse er kommet to lignende procedure, som sigter mod de samme slags kontrakter:

"It means that there now exists two parallel procedures, which appear to be aimed at similar situations and to involve similar and yet distinct processes, and between which the dividing lines are blurred",²⁹⁸

Adrian fastholder, at umulighedskriteriet skal være af så relativ en størrelse, at *objektiv umuligt* også kan foreligge, hvis ordregiveren ikke sikre sig nok relevant og kompetent viden ved bistand, selvom sådan en viden er tilgængelig! Altså at der i vurderingen også skal tage hensyn til de ordregivende myndigheders eget videns- og erfaringsgrundlag.²⁹⁹ Såfremt dette ikke er tilfældet, er det hans overbevisning, at de ordregivende myndigheder alligevel vil ende op med at anvende udbud med forhandling, idet det er *"bedre at benytte den djævel man allerede kender."*

²⁹⁴ Treumer, S. (2004), s. 180

²⁹⁵ Steinicke M. mfl. (2008), s. 331-332.

²⁹⁶ Brown, A. (2004), s. 176

²⁹⁷ Ibid., s. 176

²⁹⁸ Ibid., s. 177

²⁹⁹ Ibid., s. 171

*"In conclusion, given the above uncertainties surrounding both the availability and the flexibility of a competitive dialogue procedure, it is likely that when awarding large infrastructure projects, many authorities will indeed decide "better the devil you know" and continue to opt for the competitive negotiated procedure."*³⁰⁰

Denne udtalelse støttes i en vis grad af Steen Treumer. Han anfører, at på grund af den manglende forhandling i proceduren konkurrencepræget dialog i forhold til udbud med forhandling er det usandsynligt, at potentielle økonomiske aktører overhovedet vil vælge at investere så meget tid og omkostninger på denne type kontraktindgåelse:

*"There is a risk that the competitive dialogue procedure as such will be a failure as it is unlikely that many potential tenderers will invest considerable time and money and participate in competitive dialogue."*³⁰¹

6.2.2.3 Egen skyld

Anvendelsesområdet blev endnu en gang prøvet ved Klagenævnet i en kendelse af 14. april 2008, Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen,³⁰² dog med et længere procesforløb, da spørgsmålet allerede blev rejst i 2006, men først endelig blev afgjort i 2010³⁰³.

Den daværende juridiske dommer Carsten Haubek ønskede i ovenstående kendelse at fastholde Klagenævnets tidligere praksis, og herved tillægge anvendelsesområdet et større råderum, end hvad teorien generelt støtter.³⁰⁴ Klagenævnets flertal fandt, at det ikke var berettiget at benytte konkurrencepræget dialog ved udbud af en offentlig kontrakt vedrørende landsdækkende radio-

³⁰⁰ Brown, A. (2004) s. 176

³⁰¹ Treumer, S. (2004) s. 186

³⁰² Kendelsen af 14. april 2008, Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen, omhandler udbud af en kontrakt vedr. tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet fremsat af økonomistyrelsen. Økonomistyrelsen havde prækvalificeret 5 tilbudsgivere, hvoraf en af dem var et konsortium, hvoraf klageren deltog. Tildeling af kontrakten tilkom Dansk Beredskabskommunikation A/S frem for konsortiet. Klageren mente, at Økonomistyrelsen ikke kunne anvende konkurrencepræget dialog, da det ikke drejede sig om en særlig kompleks kontrakt. Indklagede kunne ikke løfte bevisbyrden herfor, eftersom indklagede kendte sine tekniske behov og krav, og kunne ikke bevise, at de retlige og finansielle forhold gav anledning til problemer.

³⁰³ Allerede den 6. juli 2006 indgav virksomheden Nethleas B.V. en klage til Klagenævnet vedr. samme udbud. Virksomheden blev ikke prækvalificeret, og mente efterfølgende, at Økonomistyrelsen havde uberettiget anvendt konkurrencepræget dialog, jf. påstand 7 og 8 i daværende kendelse. Da denne påstand først blev nedlagt fire måneder efter klagens indgivelse, valgte Klagenævnet at afvise disse påstande, hvorfor de ikke allerede blev behandlet i 2006. Damm Cellular Systems A/S nedlagde så samme påstand i præmis 16 i kendelsen af 21. december 2007. Der blev nedlagt 17 påstande, hvor Klagenævnet alene behandlede påstand 1-10 i den afsagte kendelse den 21. december 2007, hvorfor Klagenævnets egentlige stillingstagen til spørgsmålet om konkurrencepræget dialog blev afsagt den 14. april 2008. Den 6. juni 2008 anlagde den ordregivende myndighed sag ved domstolene mod Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Klagenævnets afgørelse vedr. påstand 16 var ugyldig. Østre Landsret gav den ordregivende myndighed medhold, hvorfor sagen skulle gå om i Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet tog sagen op på ny og afgjorde sagen den 27. april 2010 med samme udfald som tidligere.

³⁰⁴ Hermed henvises specielt til Klagenævnets udtalelser se også Steinicke, M. mfl. (2008)

baserede telekommunikation.³⁰⁵ Klagenævnet mente, at det var muligt objektivt at præcisere de tekniske vilkår, selvom der var usikkerhed om, hvorvidt andre tekniske systemer end TETRA-systemet kunne anvendes til opfyldelse af kontrakten. Dermed kunne den ordregivende myndighed ikke løfte bevisbyrden for at have opfyldt kravene for at anvende konkurrencepræget dialog, da det allerede i kendelse af 8. december 2006 blev fastslået, at den ordregivende myndighed havde præciseret et fuldt forsvarligt grundlag for de tekniske vilkår, hvorfor kontrakten ikke kunne betragtes som særlig kompleks.

Den juridiske dommer støttede ikke afgørelsen udfald hverken ved kendelse i 2008 eller i 2010. I sine bemærkninger til kendelserne nævner han sin uenighed ved opfyldelse af de tekniske forhold, da disse ikke kunne præciseres fuldt ud, på baggrund af at de økonomiske aktører skulle afgive tilbud på et meget forskelligt grundlag idet tidligere tildelte frekvenser betød, at tilbudsgiverne ville have meget forskellige vilkår at afgive tilbud på. Disse helt specielle omstændigheder, udtalte han, også burde begrunde at anskaffelsen skulle karakteriseres som særlig kompleks, hvorfor anvendelse af konkurrencepræget dialog var berettiget.

Den juridiske dommer udtaler efterfølgende vedrørende fortolkning af betragtningen i Udbudsdirektivets præambel nr. 31 om egen skyld: "... at *"egen skyld"* alene kan antages at omfatte den ordregivende myndigheds forsætlige eller uagtsomme handlinger eller undladelser, som direkte har været årsag til, at det var umuligt at anvende de sædvanlige udbudsformer..."³⁰⁶ Selvom kendelsen, ifølge den juridiske dommer, skulle falde på *den tekniske formåen*, udtaler han sig også om *egen skyld*-vurderingen. Den juridiske dommer fandt ikke, at det faktum, at den danske stat var medvirken til, at tilbudsgiverne havde meget forskellige vilkår at afgive tilbud ud fra, kunne anses som egen skyld i henhold til præambelen nr. 31, således de dermed ville blive udelukket fra at anvende konkurrencepræget dialog. Derimod udtaler dommerne, at netop det faktum, at tilbudsgiveren skal afgive tilbud på så forskellige grundlag må berettige anvendelsen af konkurrencepræget dialog.³⁰⁷ Denne udtalelse stemmer overens med dommerens tiltrædelse af en bred formålsfortolkning af betingelserne for konkurrencepræget dialog.

Om de tekniske vilkår i pågældende sag objektivt kunne fastsættes eller ej, kan ikke ud fra kendelsens fakta diskuteres. Til gengæld viser kendelsen tydeligt, hvilken usikkerhed der ligger i forhold til forståelsen af den *egen skyld*, som ikke må forelægges fra myndighedernes side ved manglen på fastlæggelse af de tekniske vilkår. Umiddelbart må det betragtes, at der er noget essens i den juridiske dommers opfattelse, da der allerede ligger en skævvridning, når de økonomiske aktører inden udbuddet får uddelt nogle frekvenser af den danske stat. Det skal dog afvises, at denne betragtning stemmer overens med konkurrencepræget dialogs krav til særlig komplekse kontrakter. At tilbudsgiverne har forskellige vilkår i forhold til afgivelsen af tilbud, vil være tilfældet for alle udbud. At staten selv har ansvaret for denne skævvridning skal ikke tillægges værdi i forhold til vurdering af umulighedskriteriet ved fastlæggelse af de tekniske vilkår. Selvfølgelig er det bekym-

³⁰⁵ Det bemærkes, at Klagenævnet dengang bestod af to tekniske dommere og en juridisk dommer. Dette har efterfølgende fået en del kritik, hvorfor Klagenævnet i dag består af en teknisk dommer og en juridisk dommer. Ved uenighed vil der suppleres med endnu en juridisk dommer, jf. Lov nr. 492 af 12. maj 2010, § 10 om håndhævelse af udbudsreglerne.

³⁰⁶ Kendelsen af 27. april 2010; udtalelse s. 27-28.

³⁰⁷ Ibid., s. 24-25

rende, at den danske stat først uddeler nogle radiofrekvenser og efterfølgende udtaler, at tilbud som ikke har eller ikke opnår de fornødne frekvenser, må anses som, uanvendelige tilbud.³⁰⁸ Yderst kritisabel og muligvis en culpøs handling fra myndighedens side, men det er ikke i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.³⁰⁹ Det fastholdes, at det er den ordregivende myndigheds *skyld*, at tilbudsgiverne skal afgive tilbud på forskellige vilkår. Den *egen skyld*, som fremgår af præambelens nr. 31 til Udbudsdirektivet, omfatter ikke den egen skyld, som tillægges den ordregivende myndighed i denne sag for at have været skyld i tilbudsgivernes forskellige kvalifikationsniveau. Som tidligere benævnt omhandler Udbudsdirektivets *egen skyld*, når den ordregivende myndighed ikke kan præcisere de tekniske, finansielle og/eller juridiske forhold uden dette er begrundet i dennes egen skyld. Herved kan den juridiske dommers betragtning ikke tiltrædes.

Modsat skal det dog ikke afvises, at konkurrencepræget dialog ville have sikret den bedst mulige ligebehandling af tilbudsgiverne, da kravspecifikationerne i udbudsgrundlaget ved benyttelse af de gængse udbudsforme sandsynligvis vil tilgodese og favorisere tilbudsgiveren med de frekvenser, som allerede passede til det beskrevne udstyr. Ved at benytte konkurrencepræget dialog ville tilbudsgiverne lettere kunne indgå i en dialog omkring løsningsforslag og derved afgive tilbud, hvor der blev taget hensyn til tilbudsgivernes meget forskellige tekniske udgangspunkt. Hvis dette er en korrekt antagelse, er det selvfølgelig en grotesk og ærgerlig betragtning, at konkurrencepræget dialog ville have skabt mere effektiv konkurrence og at det økonomiske mest forsvarlige tilbud kunne blive valgt. Effektiv konkurrence er, som benævnt, en af grundstenene til disse bestemmelser, hvorfor det er kritisabelt, hvis bestemmelserne i tilfælde som dette kan modvirke, hvad der reelt ønskes opnået. Det skal dog afslutningsvis nævnes, at den ordregivende myndighed valgte den favoriserede tilbudsgiver ved den uberettigede anvendelse af konkurrencepræget dialog. Om dette er tilfældigt, så der reelt forelå en effektiv konkurrence, således at denne vinder havde det mest fordelagtige bud upåvirket af de tildelte frekvenser, vides ikke.

Af ovenstående kendelse kan det udledes, at egen skyld fra myndighedens side ved vurdering af umulighedskriteriet ikke skal fortolkes udvidende, hvorfor anvendelsesområdet ikke både omfatter myndighedernes relative objektive umulighed ved præcisering af forhold til anskaffelsen, samt de tilfælde, hvor myndighedernes handlinger er skyld i en skævvridning af tilbudsgivernes grundlag at afgive tilbud på. Det vil klart være i strid med direktivets ordlyd også at skulle rumme hensynstagende ved forvridende vilkår for tilbudsgiverne grundet i myndigheden.

6.2.2.4 Prøvelse af anvendelsesområdet – nyeste praksis

Umiddelbart må fastlæggelsen af anvendelsesområdet anses for at være tilnærmet en afklaring efter Klagenævnets praksis, hvilket blev bekræftet med kendelsen af 14. september 2009³¹⁰, hvor

³⁰⁸ Indklagede afsluttende processkrift af 21. november 2006, s. 19 i kendelsen af 21. december 2007.

³⁰⁹ Kendelsen af 21. december 2007's udfald, hvor Klagenævnet afviser påstandene om ligebehandling i påstand 1-10

³¹⁰ Kendelsen af 14. september 2009, konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum, omhandler skabelse af "Væggen", som er en interaktiv multimedie installation der skal formidle københavns historie ud til borgerne til nogle fysiske opsatte elektroniske vægge. Efter anvendelse af konkurrencepræget dialog og kontrakten blev tildelt The Gibson Group Ltd, anlagde det prækvalificerede konsortie sag mod Københavns Bymuseum med påstand om at betingelserne for udbudsformen ikke var opfyldt samt at vinderens underleverandør også havde optrådt som rådgiver for Københavns by-

konkurrencepræget dialog var egnet som udbudsform.³¹¹ Klagenævnet mente netop, at Væggens kompleksitet opfyldte umulighedskriteriet. Klagenævnet præciserede *desværre* ikke, hvad der lå til grund for, at anskaffelsen ansås som kompleks, hvor den ordregivende myndighed ikke objektivt kunne præcisere de tekniske og finansielle vilkår. Det må formodes, at der blev anlagt en relativ fortolkning af umulighedsbegrebet, da Væggen i den konkrete sag havde et fortilfælde i New Zealand med lignende installation kaldet "The Wall".³¹² Herved synes Klagenævnet at fastholde sin retning, selvom kendelsen må betragtes at have en lille retsskabende værdi pga. dens manglende begrundelse for udfaldet.

Seneste afgørelse fra Klagenævnet af 1. november 2009³¹³ må tilregnes at på nogle områder at have bestyrket Klagenævnets fremgangsmåde for konkurrencepræget dialog. Klagenævnet tydeliggør, at kravet til særlig kompleks ikke kan opfyldes ved den omstændighed, at det er usikker om opgaven kan løses ved forbedring af allerede eksisterende anlæg eller om der skal et nyt til.³¹⁴ Dette synspunkt havde klagenævnet også i Damm Cellular sagen, hvor den ordregivende myndighed var i tvivl om, der var andre systemer end TETRE-systemet som kunne anvendes til opfyldelse af beredskabernes behov, hvilket var en af begrundelserne for at myndigheden *uberettiget* mente, at konkurrencepræget dialog kunne anvendes.³¹⁵

I samme afgørelse betvivler Klagenævnet, at udskiftningen af betalingsautomaterne skulle betragtes som særlig kompleks, jf. følgende citat: "*Klagenævnet finder, at det har formodningen imod sig, at opgaven ... har den tekniske kompleksitet...*"³¹⁶ Om dette kun forbliver en formodning, eller om Klagenævnet reelt fandt, at de tekniske, finansielle og juridiske vilkår kunne objektivt præciseres, tydeliggøre Klagenævnet ikke. Kendelsen falder i stedet for på, at der forelå tilsvarende identisk udbud i Århus, som benyttede proceduren *offentligt udbud*. Med andre ord når Århus Kommune kunne præcisere kontraktsgenstanden for så vidt angår de tekniske, finansielle og/eller juridiske forhold for en opgave i samme art og omfang, må det forventes, at Aalborg Kommune kunne gøre det samme, hvorfor kriterierne for anvendelse af konkurrencepræget dialog tydeligvis ikke har været opfyldt. Det er dog dybt kritisabelt, at Klagenævnet ikke argumenterer for dommens udfald ved direkte at henvise til at præambelens præmis 31 samt Udbudsdirektivets art. 29 ikke var opfyldt, i stedet sker det indirekte ved at henvise til udbuddet i Århus. Da der ikke kan konstateres,

museum tidlgier i forløbet, hvilket har givet vinderen en uberettiget konkurrencefordel. Ingen af anbringenderne blev taget til følge.

³¹¹ Kendelsen af 14. september 2009; udtalelse til påstand 4, s. 9.

³¹² Ibid.

³¹³ Kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune omhandler at Aalborg kommune skulle have udskiftet eller fornyet ca. 60 parkeringsautomater fordi der lovgivningsmæssigt var bestemt skærpede sikkerhedskrav for betaling med betalingskort. P-Nordic blev prækvalificeret til at afgive tilbud, hvorefter anden tilbudsgivere vandt kontrakten. Herefter rejste P-Nordic sag mod Aalborg kommune med påstand om at betingelserne for konkurrencepræget dialog ikke var opfyldt, hvilket Klagenævnet tog til følge.

³¹⁴ Kendelsen af 1. november 2010; s. 6, hvor klagenævnet ikke accepterer kravet om "særlig kompleks" opfyldt, fordi der var usikkerhed om opgaven kunnen løses ved at ændre på de etablerede betalingskortautomater eller om disse skulle udskiftes til nye.

³¹⁵ Kendelsen af 21. december 2007; s. 17 og samme sag af 14. april 2008; s. 10

³¹⁶ Citat fra kendelsen af 1. november 2010; s. 5.

hvordan det udbuddet i Århus skete, herunder kriterierne og om kontraktsgenstanden var fuldstændig identisk, foreligger der ingen sammenligningsmulighed. Klagenævnets inkonsekvens argumentation for kendelsens udfald betyder præjudikatværdien også her må betragtes som lille.

6.2.2.5 Præcisering af anvendelsesområdet

Der foreligger stadig stor usikkerhed vedrørende konkurrencepræget dialog. Både hvornår udbudsformen finder sin anvendelse,³¹⁷ og efterfølgende hvordan den så anvendes.³¹⁸

Usikkerhed omkring hvilken betydning der skal tillægges ordet *objektivt* for at afgøre, om en kontrakt er særlig kompleks må dog anses ud fra litteraturen at være uafklaret. På den ene fløj antager Konkurrencestyrelsen en meget skærpet fortolkning og fastholder, at den umulighed med hensyn til beskrivelsen skal forstås som et *absolut* begreb. I modsat ende er Adrian Brown, som egentlig ikke betragter ordet *objektivt* for objektiv. Ingen af disse fløje kan tilgås, og flere forfattere samt Klagenævnet synes også at have fundet en sti i midten af disse to fløje. Betingelserne er fortsat meget restriktive, men der ligger en form for proportionalitetsbetragtning i, hvad der kan forlanges af den ordregivende myndighed til vurdering af, om betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt. Der er herved overladt et begrænset skøn til de ordregivende myndigheder ved vurdering af om kontrakten anses for særlig kompleks ved at ikke begrænse konkurrencepræget dialog til tilfælde af *absolut* umulighed.³¹⁹ Klagenævnet synes at fokusere på anskaffelsens kompleksitet, end på om umulighedskriteriet "uden egen skyld" er opfyldt korrekt isoleret set. Dette harmonerer også med tankerne bag indførelsen af udbudsformen og giver også et bredere område for anvendelse, som stadig kan forsvares ud fra ordlyden. I modsat fald vil realiteten blive den, at konkurrencepræget dialog i ganske få tilfælde vil kunne anvendes.³²⁰

Denne retning i retspraksis, som Klagenævnet har lagt for dagen, er umiddelbart meget pragmatisk, når klagenævnet netop giver myndighederne mulighed for et begrænset skøn. Desværre vil dette for den ordregivende myndighed, der skal have en anskaffelse gennem udbud, stadig opleve meget usikkerhed, når de skal skønne, om de opfylder kravene for konkurrencepræget dialog. I to ud af fire sager Klagenævnet er blevet forelagt, har Klagenævnet konkluderet, at det var berettiget at anvende konkurrencepræget dialog, hvilket kan indikere, at udbudsformen stadig har et skærpet anvendelsesområde. Der er heller ikke meget hjælp at hente i kendelserne i forhold til at opnå en større forståelse for den nærmere afgrænsning. Specielt er det yderst kritisabelt, at Klagenævnet i de seneste to kendelser³²¹ ikke reelt giver konkrete udførlige begrundelser for kendelsernes udfald, hvorfor forståelsen for anvendelsesområdet skal søges i de to andre og ældre kendelser.³²² Disse indeholder kun få overordnede præcisering af anvendelsesområdet og en begrundelse herfor.

³¹⁷ Afsnit 6.2.2.2 Absolut eller relativ umulighed og afsnit 6.2.2.3 Egen skyld

³¹⁸ Der henvises til afsnit 6.2.1 - Udbudsdirektivets art. 29

³¹⁹ Klagenævnets udtalelse i kendelsen af 1. november 2010 samt kendelsen af 8. januar 2008, hvor klagenævnet første gang anvender en relativ fortolkning, og derved ser bort fra ordlyden i Udbudsdirektivets præambel nr. 31; jf. s. 21.

³²⁰ Dette bekræftes af de tidligere bemærkninger fra Treumer S. (2004) jf. afsnit. 6.2.2.2 - Absolut eller relativ umulighed

³²¹ Kendelsen af 14. september 2009 og kendelsen af 1. november 2010

³²² Kendelsen af 8. januar 2008 samt kendelsen af 14. april 2008, som blev prøvet igen den 27. april 2010.

Det kan konstateres, at anskaffelsen skal indeholde noget helt nyt, før konkurrencepræget dialog kan berettiget anvendes, hvilket udtrykkes i kendelser WAP Wöhr og Væggen. I begge kendelser kunne de ordregivende myndigheder ikke specificere kontraktgenstanden tilstrækkeligt, selvom der henholdsvis blev produceret tilnærmelsesvis de efterspurgte automatiske parkeringsanlæg i Danmark, og en tilsvarende interaktiv multimedievæg var opført i New Zealand. Dette bekræfter, at der foreligger et muligt skøn fra de ordregivende myndigheders side, samt Klagenævnet accepterer særlige komplekse kontrakter, hvor det er relativt umuligt objektivt at præcisere anskaffelsen.

Ydermere indgår det ikke i vurderingen af *særlige komplekse* kontrakter den omstændighed, at det er usikkert, om opgaven kan løses ved forbedring af allerede eksisterende anlæg, eller om der skal et nyt til, selvom dette fører til store forskelle på de afgivne tilbud. Endeligt skal det også afvises, at egen skyld fra myndighedens side ved vurdering af umulighedskriteriet ikke skal fortolkes udvidende, hvorfor anvendelsesområdet ikke både omfatter myndighedernes relative objektive umulighed ved præcisering af forhold til anskaffelsen, samt de tilfælde, hvor myndighedernes handlinger påføre en skævvridning af tilbudsgivernes grundlag for at afgive tilbud.

Det må herefter konstateres, at anvendelsesområdet ikke på det pågældende grundlag er præciseret tilstrækkeligt. Klagenævnet havde mulighed for i de to nyeste afgørelser, at eliminere usikkerheden for konkurrencepræget dialogs anvendelsesområde, hvilket ikke blev udnyttet. Derfor foreligger der stadig en forøget procesrisiko forbundet med at anvende konkurrencepræget dialog. Dette kan betyde, at det offentlige ikke opnår størst værdi for de statslige penge, eftersom de ordregivende myndigheder kan føle sig tvunget til, at beskrive anskaffelsen bedst muligt ved benyttelse af de gængse udbudsformer, således nye innovative-, bedre miljømæssige- eller høj kvalitetsmæssige produkter nemt falder uden for kriterierne beskrevet i udbudsmaterialerne.

6.2.3 Behovet for ændringer

Som optakt til næste afsnit, skal der indledningsvis opsummeres på ovenstående analyse. Der er fortsat usikkerhed samt ulemper vedrørende nuværende retstilstand for anvendelse af konkurrencepræget dialog. Først og fremmest medfører en deltagelse for henholdsvis de økonomiske aktører og de ordregivende myndigheder væsentligste omkostninger, da udskillelsesprocessen er mere tidskrævende end ved gennemførelse af et traditionelt udbud. Ydermere stilles der store krav til begge parter aktive deltagelse undervejs i forløbet. Begge parter skal derfor påregne at afsætte betydelige tidsmæssige og økonomiske ressourcer.

Det må alt andet lige betyde, at mindre likvide- og ressourcestærke virksomheder vil have store vanskeligheder i at deltage i sådan en proces.³²³ Direktivet ligger ikke op til, at der kan afgives en form for kompensation til de udskilte tilbudsgivere, hvorfor udbudsproceduren kun egner sig til store og komplicerede projekter og til de økonomiske aktører, som kan varetage så store opgaver. Desuden kan tiden og omkostninger for deltagelse have indvirkning på lysten til at deltage uanset virksomhedsstørrelse. Dette har bestemt ikke en gunstig indvirkning på opretholdelse af effektiv konkurrence. Det bør overvejes, om de udvalgte tilbudsgivere skal modtage et vederlag for at deltage i dialogfasen, således at tilbudsgiverne i et vist omfang kompenseres for deres ressourceforbrug.

³²³ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

Det er konstateret, at konkurrencepræget dialog er bundet op på mange restriktive krav, hvilket ikke var intentionen, da proceduren blev vedtaget. Til dagsdato kan dette potentielt medføre, at de ordregivende myndigheder helt fravælger denne udbudsform, som følge af den forøgede procesrisiko. Retspraksis formår ikke at give en specifik guideline til vurdering af, hvornår det er berettiget at anvende udbudsformen. Kritisk set, har retspraksis medført, at i stedet for at forenkle procedurerne og tilpasse udbudsformen i 2004, så må det betragtes, at ændringerne har ført til endnu et lag kompleksitet og større usikkerhed til de proceduremæssige krav. Som Adrian Brown udtrykker det allerede i 2004, at de ordregivende myndigheder i stedet for at opleve en forenklet og fleksibel udbudsform, er der skabt en ny "djævel", som de skal benytte med stor forsigtighed.³²⁴

Problematikken skærpes yderligere, når den konkurrencepræget dialogs usikre anvendelsesområde sammenholdes med *udbud med forhandling*.³²⁵ Til sammenligning forudsætter anvendelse af *udbud med forhandling*, at kontrakten *ikke kan specificeres tilstrækkeligt nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud*.³²⁶ Der må i begge tilfælde dog anlægges en indskrænkende fortolkning af direktivets bestemmelser, så anvendelsen kun kan opnås i undtagelsestilfælde, men det synes, at være langt lettere for visse anskaffelser at vælge udbud med forhandling.³²⁷

Ud fra baggrunden for konkurrencepræget dialog må det betragtes, at det bestemt ikke var hensigten, at adgangen til udbud med forhandling skulle være nemmere. Konkurrencepræget dialog havde til hensigt at være mere fleksibel og reducere antallet af anvendelser i forhold til udbud med forhandling, da der opleves større risiko for forskelsbehandling og mangel på gennemsigtighed ved denne udbudsform. I stedet for at skabe en procedure, der skulle være en mellemform mellem begrænset udbud og udbud med forhandling, må konkurrencepræget dialog betragtes som værende, om ikke mere begrænset, så en procedure på lige fod med udbud med forhandling.

Eftersom reglerne stadig er skærpet, kan efterspørgslen på konkurrencepræget dialog ikke imødekommes på nuværende tidspunkt. Det kan bekræftes, at udbudsformen har nogle ulemper samt et uafklaret anvendelsesområde, hvilket vil kunne imødekommes ved ændring af direktivets ordlyd. Kommissionen vil i sit nye udkast til direktivændring ændre ordlyden i nugældende art. 29 for at imødekomme kritikken vedrørende konkurrencepræget dialog.³²⁸ I så fald skal det overvejes, hvorledes det nye forslag skal forme sig, både så det opfylder de udbudsretlige principper om gennemsigtighed, ligebehandling mv. bedst muligt, og samtidig reelt former et råderum for komplekse kontrakter der i høj grad anvender dialogen. Dette er særlig vigtigt for SMV'erne, herunder de innovative SMV'erne, da det er gennem denne form for procedure, at det vil være muligt for at

³²⁴ Brown, A. (2004)

³²⁵ Udbudsdirektivets art. 1 stk. 11, litra d, art. 30 og art. 31. Der henvises både til udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse og til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Dette speciale betragter udbud med forhandling som en helhed, da dets karakteristika benyttes til sammenligning, uden en analyse af, hvilken bestemmelse som gør udfaldet.

³²⁶ Udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra c. Denne del gælder kun for tjenesteydelser, men viser stadig, at adgangen til benyttelse af udbud med forhandling i nogle tilfælde er lettere.

³²⁷ Brown, A (2004) og Treumer. S (2004) samt 6.2.2.2 - Absolut eller relativ umulighed

³²⁸ Afsnit 6.2.2.2 - Absolut eller relativ umulighed samt afsnit 6.1 – Baggrund for konkurrencepræget dialog

komme igennem med innovative løsninger, som ikke umiddelbart kan beskrives af de ordregivende myndigheder.³²⁹

³²⁹ Forholdet støttes både af Kodekset, SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 18 ff., samt Grønbogen KOM(2011) 15 af 27. juni 2011, s. 15 og s. 28

6.3 Direktivforslaget

Efter en analyse af anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog vil vi nu bevæge os over i det af Kommissionen fremsatte direktivforslag.³³⁰ Som fastslået ovenfor er der stadig områder som kan forbedres i henhold til proceduren *konkurrencepræget dialog*. Tidligere analyse belyser, at der er brug for omformulering af direktivets art 29, eftersom den ikke har det tiltænkte omfang, samt at der foreligger så mange usikkerheder. I det følgende tages der derfor udgangspunkt i det af Kommissionen fremsatte forslag om konkurrencepræget dialog specifikt med henblik på, hvordan anvendelsesområdet formentlig vil være fremadrettet.

I forslaget står det klart, at hensigten med revideringen af udbudsdirektiverne er at gøre tildelingen af kontrakter mere fleksibel og smidig samt sikre bedst mulig udnyttelse af offentlige midler – herunder specifikt med fokus på at lette adgangen for SMV'er og innovative løsninger.³³¹ Dette ligger umiddelbart op til, at Kommissionen har været lydhør over for den kritik, der har været vedrørende anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog i sin nuværende form.³³² Forslaget ligger op til to ændringer, som specifikt fokuserer på området for komplekse kontrakter; for det første ændres ordlyden af kravene for at anvende konkurrencepræget dialog, og for det andet er der i forslaget lagt op til en helt ny udbudsprocedure *innovationspartnerskab*.

I det følgende vil disse to ændringer blive diskuteret nærmere med henblik på endeligt at fastlægge om anvendelsesområdet ændres og/eller specificeres med disse tiltag, og dermed giver en bedre mulighed for innovative forslag. Først foretages en gennemgang og analyse af ordlyden af Direktivforslagets bestemmelse om konkurrencepræget dialog, for at fastlægge en præcisering af anvendelsesområdet i henhold til ændringsforslaget. Derefter bliver dette holdt op mod tidligere gennemgang af det nuværende anvendelsesområde for konkurrencepræget dialog for at fastlægge, hvorvidt anvendelsesområdet ændres. Endeligt foretages en diskussion i forhold til, hvorvidt og hvordan disse ændringer vil have en positiv effekt på de økonomiske aktørers adgang til denne procedurereform.

6.3.1 Nye krav for anvendelse af konkurrencepræget dialog

Det fremgår af Direktivforslagets præambel,³³³ at der er stort behov for at øge fleksibiliteten til procedurereformen konkurrencepræget dialog, således der reelt gives mulighed for forhandling.³³⁴ Det anføres endvidere, at de ordregivende myndigheder bør kunne anvende en forhandlingsbaseret udbudsprocedure i de tilfælde, hvor offentlig eller begrænset udbud *ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat*.³³⁵ Hermed anfører Kommissionen, at såfremt, der er mulighed for, at en procedure med forhandling kan skabe et bedre og mere tilfredsstillende resultat end de

³³⁰ Direktivforslaget

³³¹ Ibid., s. 2

³³² Blandt andet SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008 (Kodekset), KOM(2011) 15 af 27. januar 2011 (Grønbogen), og KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010

³³³ Direktivforslaget – betragtning i præambelens nr. 15 og 16

³³⁴ Ibid., nr. 16

³³⁵ Ibid., nr. 15

normale udbudsformer, skal denne foretrækkes. Desuden bemærkes det, at det specifikt for konkurrencepræget dialog har vist sig at være en yderst hensigtsmæssig procedure i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke kan fastlægge de vilkår, som kan opfylde deres behov – hvilket navnlig vil opstå i forbindelse med ny og innovative projekter.³³⁶

*"Af samme grund bør ordregivende myndigheder frit kunne anvende den konkurrenceprægede dialog. Anvendelsen af denne fremgangsmåde er steget voldsomt - udtrykt i kontraktværdi - i løbet af de seneste år. Fremgangsmåden har vist sig at være nyttig i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke kan fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller vurdere, hvad markedet kan tilbyde inden for tekniske, finansielle eller juridiske løsninger."*³³⁷

I forslaget fremgår proceduren konkurrencepræget dialog af art. 28. Selve procedurens faser er ikke ændret. Derfor er procedureformen den samme som den kendes fra det nuværende Udbudsdirektiv, hvor den ordregivende myndighed skal igennem tre faser; en prækvalifikationsfase, en dialogfase og en tildelingsfase.³³⁸ Derimod er minimumsfristen³³⁹ for modtagelse af anmodninger om deltagelse nedsat fra nuværende 37 dage til 30 dage.³⁴⁰ Endeligt, og yderst vigtigst, er der ændret i betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog.

Forslagets art. 24 stk. 1 litra a-e indeholder bestemmelser om valg af procedureform. Denne artikel fastsætter de betingelser, der skal opfyldes for at vælge de forskellige former for de såkaldte *særlige* procedurer i Udbudsdirektivet, og er således en udvikling af Udbudsdirektivets nuværende bestemmelse i art. 28. Forslaget samler betingelserne for de tre særlige procedureformer; udbud med forhandling med forudgående bekendtgørelse, konkurrencepræget dialog samt innovationspartnerskab. Af forslagens art. 24, stk. 1, litra a-e fremgår:

- | | |
|----------------|---|
| Art. 24 stk. 1 | De kan også bestemme, at ordregivende myndigheder kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, i nedenstående tilfælde: |
| Litra a) | Ved bygge- og anlægsarbejder, hvis bygge anlægskontraktens genstand omfatter både projektering og udførsel af bygge- anlægsarbejder, jf. artikel 2, stk. 8, eller hvis det er nødvendigt med forhandling for at fastlægge projektets juridiske eller finansielle opbygning. |
| Litra b) | Ved offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis der er tale om bygge- og anlægsarbejder, der udføres udelukkende med henblik på forskning eller innovation, prøvning eller udvikling, og ikke med det formål at sikre indtjening eller opnå dækning af omkostninger til forskning og udvikling. |
| Litra c) | Ved tjenesteydelser eller vareindkøb, hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist med henvisning til standarder, europæiske tekniske godkendelser, fælles tekniske specifikationer eller tekniske referencer jf. pkt. 2-5 i bilag VIII. |

³³⁶ Direktivforslaget – betragtning i præambelens nr. 15

³³⁷ Ibid., nr. 16.

³³⁸ Afsnit 6.2 – Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

³³⁹ Udbudsdirektivets art. 38, stk. 3

³⁴⁰ Direktivforslagets art. 28, stk. 1

- Litra d) I tilfælde af ukorrekte eller uacceptable tilbud jf. artikel 30, stk. 2, litra a), i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud.
- Litra e) Hvis kontrakten som følge af særlige omstændigheder med hensyn til arbejderne, leverancernes eller tjenesternes art og kompleksitet og risici i forbindelse med dem ikke kan tildeles uden forudgående forhandling.

Som det kan udledes af ovenstående, ændrer forslaget på ordlyden af de betingelser, som de ordregivende myndigheder skal opfylde for at anvende konkurrencepræget dialog.

Forslaget afviger således fuldstændig i sin ordlyd fra kravet i det nuværende direktiv om, at kontrakten skal være *særlig kompleks*. Dette er således ikke længere et kriterium, som skal vurderes af de ordregivende myndigheder, såfremt de ønsker at anvende proceduren konkurrencepræget dialog. Dog fastsætter forslaget et nyt sæt betingelser i art. 24, som de ordregivende myndigheder skal opfylde. Disse har i et vist omfang taget afsæt i Udbudsdirektivets nuværende ordlyd af art. 30 stk. 1³⁴¹ og vil i det følgende blive gennemgået.

6.3.1.1 Typer af kontrakter

I forslaget er anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog i en hvis grad afhængig af, hvilken type af kontrakt der er tale om; *bygge- og anlægskontrakt, tjenesteydelseskontrakt eller vareindkøbskontrakt*. Forslagets art. 24, stk. 1, litra a og b omhandler specifikt offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvorimod bestemmelsens litra c specifikt omhandler tjenesteydelser og vareindkøb.

Følgende afsnit tager udgangspunkt i en ordlydsfortolkning af bestemmelserne, hvorfor analysen i første omgang ikke tager afsæt i bestemmelsernes bagvedliggende formål. Dette forhold vil blive taget op særskilt i et senere afsnit. Det anbefales for forståelsens skyld, at benytte art. 24 i ovenstående afsnit, som opslagsværk til dette afsnit.

Artikel 24, stk. 1, litra a: Ved bygge- og anlægskontrakter kan disse kontrakter indgås gennem konkurrencepræget dialog, såfremt de opfylder betingelserne i forslagets art. 2, stk. 8 ved at omfatte både *projektering og udførelse*, eller såfremt det er *nødvendigt med forhandling* til fastlæggelse af projektets juridiske eller finansielle opbygning.³⁴² Artikel 2, stk. 8 indeholder en definition af *offentlige bygge- og anlægskontrakter*. Denne definition er identisk med den nuværende definition i Udbudsdirektivet jf. art. 1, stk. 2, litra b og er derfor ikke et område for yderligere diskussion.

I henhold til bestemmelsens ordlyd må det formodes, at betingelserne i bestemmelsens litra a vil være opfyldt i to tilfælde. Der skal enten være tale om bygge-anlægsarbejder, hvor kontraktens genstand omfatter både *projektering og udførelse*. Såfremt dette er tilfældet, vil betingelsen i litra a være opfyldt, og konkurrencepræget dialog kan benyttes. Er der derimod tale om bygge- og anlægsarbejder, hvor kontraktens genstand kun omfatter udførelse, skal betingelsen i litra a's anden del også være opfyldt, før den ordregivende myndighed kan anvende proceduren. Det vil sige, at

³⁴¹ Udbudsdirektivets art. 30 omhandler tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse.

³⁴² Art. 24, stk. 1, litra a.

det skal være *nødvendigt med forhandling* for at fastlægge projektets juridiske eller finansielle opbygning. Består kontrakt kun af projektering, er der tale om en tjenesteydelseskontrakt, som dermed vil falde helt uden for betingelserne i litra a og b om bygge- og anlægskontrakter. Ud fra ovenstående kan de af litra a omfattede kontrakter således opdeles som følgende:

Bygge- anlægskontrakter, hvor kontraktens genstand både omfatter projektering og udførelse jf. art. 2 stk. 8.

Bygge- anlægskontrakter, hvor kontraktens genstand *kun* omfatter udførelse, hvor det er *nødvendigt med forhandling* for at fastlægge projektets juridiske eller finansielle opbygning.

Umiddelbart er det ikke problematisk at konkretisere, om en kontrakt hører under betegnelserne *udførelse* eller *udførelse samt projektering*. Fortolkningstvilen opstår i det tilfælde, hvor der alene er tale om en kontrakt, som kun omfatter udførelse. Her kræves det, at de ordregivende myndigheder foretager en vurdering af, hvorvidt det er *nødvendigt med forhandling* for at fastlægge projektets juridiske eller finansielle opbygning. Selve *nødvendighedskriteriet* må på baggrund af ordlyden alene, skulle forstås som et absolut begreb, indtil det gennem retspraksis bliver fortolket anderledes. Begrebet *nødvendigt* må herefter være den situation, hvor den ordregivende myndigheds forudsætning for at fastlægge projektets opbygning ikke er til stede, dog forudsat dette ikke udmunder i den ordregivende myndigheds egen skyld. I forhold til at fastlægge hvad projektets *juridiske* eller *finansielle* forhold omfatter, må der tages udgangspunkt i en lignende definition i Udbudsdirektivet. Af betragtningen i Udbudsdirektivets præambel nr. 31 anvendes den samme formulering ved beskrivelse af anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog. Derfor vil den umiddelbare fortolkning af art. 24, stk. 1, litra a's ordlyd være, at der i tilfælde hvor der kun er tale om udførelse, må skulle anvendes samme vurdering af, hvorvidt det kan lade sig gøre at fastlægge disse forhold, som det er tilfældet efter Udbudsdirektivet. Det må endvidere antages, at der skal laves en vurdering i hvert enkelt konkret tilfælde, om hvorvidt betingelserne er opfyldt.

Art. 24, stk. 1, litra b: Betingelserne i henhold til bestemmelsens litra b giver de ordregivende myndigheder endnu en mulighed for at anvende konkurrencepræget dialog, når der skal udføres et bygge- og anlægsarbejde. Betingelserne i henhold til litra b er, at arbejdet *udelukkende sker med henblik på forskning eller innovation, prøvning eller udvikling*. Bestemmelsens ordlyd ligner i stor udstrækning den nuværende bestemmelse i Udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra d³⁴³ og må også antages at tage afsæt i denne bestemmelse.

Omfanget af begreberne *forskning og udvikling, innovation og prøvning* formodes at indeholde samme forståelse, som de nuværende internationale og nationale standarder knytter til disse begreber. Styrelsen for Forskning og Innovation³⁴⁴ definerer *forskning og udvikling* i henhold til

³⁴³ Bestemmelsen omhandler betingelserne for at anvende udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse.

³⁴⁴ Bilag 9: *Styrelsen for Forskning og Innovation under Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående uddannelser* – Definitioner.

OECD's definition af "Research and Development (R&D)."³⁴⁵ Desuden definerer OECD og EU *innovation* som en introduktion af et nyt eller væsentligt forbedret produkt; en ny eller væsentlig forbedret proces eller markedsføringsmetode eller en væsentlig organisatorisk ændring.³⁴⁶ Endelig må prøvning forstås som de tilfælde, hvor der er behov for at teste produkter eller andre forhold i forbindelse med udvikling.

Det kan udledes af bestemmelsen, at anvendelsesområdet for litra b kræver opfyldelse af fire underkriterier. Først og fremmest skal udbuddet være et bygge- eller anlægsarbejde. Ydermere kræves det, at kontraktgenstanden er omfattet af de ovenstående definitioner af henholdsvis forskning, udvikling innovation samt prøvning. Desuden skal kontrakten udføres *udelukkende* med henblik på forskning, udvikling, innovation eller prøvning, hvilket indikerer en skærpet fortolkning, således kontrakter, hvor størstedelen af kontraktens genstand opfylder betingelsen, ikke er omfattet. Derimod skal *hele* kontrakten opfylde betingelsen, medmindre den pågældende del som opfylder betingelsen udskilles i en særskilt kontrakt. Endelig kræver bestemmelsen i litra b, at udførelsen af kontraktgenstanden ikke må ske med det formål *at sikre indtjening eller opnå dækning af omkostninger til forskning og udvikling*. I Udbudsdirektiv anvendes der ikke samme formulering i art. 30, stk. 1, litra d. Formuleringen i Udbudsdirektivet lyder derimod som følger; "*... som ikke skal sikre rentabiliteten af forsknings- og udviklingsomkostningerne eller dækning af disse*." Selvom ordlyden ikke er ens, må indholdet derimod anses for at omfatte samme forhold. Den umiddelbare forståelse, må være, at projektet ikke på nogen måde skal have sigte på indtjening eller på at dække omkostninger hverken på kortere eller længere sigt. Dette må derudover skulle fortolkes strengt.

Ovenstående kan opsummeres til, at efter litra b's ordlyd er der dermed tre kumulative krav, som skal opfyldes, såfremt der er tale om en bygge- og anlægskontrakt; 1) Kontraktens genstand skal omfatte *forskning, udvikling, innovation eller prøvning* 2) dette skal være *udelukkende* 3) og det må ikke ske med det formål at sikre *indtjening eller dækning af omkostninger*.

Artikel 24, stk. 1, litra c: Såfremt der er tale om tjenesteydelser eller vareindkøb, indeholder bestemmelsens litra c de specifikke betingelser for, at de ordregivende myndigheder må anvende konkurrencepræget dialog ved en kontraktindgåelse. Bestemmelsen anfører, at proceduren kan anvendes ved disse former for kontrakter, såfremt *de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist med henvisning til standarder, europæiske tekniske godkendelser, fælles tekniske specifikationer eller tekniske referencer*. Der henvises herefter til punkt 2-5 i forslagets bilag VIII for definitionerne. Bilaget beskriver udførligt begrebernes indhold.

Bestemmelsen i litra c fastslår, at det skal være de *tekniske definitioner*, der ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist.³⁴⁷ Af bilag VIII punkt 1 fremgår det, at tekniske specifikationer kan være alt fra forskrifter, som fastlægger krævede egenskaber til et materiale, til procedure for kvalitetssik-

³⁴⁵ Bilag 10: The OECD Glossary of Statistical Terms "*Research and development is a term covering three activities: basic research, applied research, and experimental development*."

³⁴⁶ Bilag 11: *Oslo Manual: The Measurement of Scientific and Technological Activities – Guidelines for collecting and interpreting innovation data. Third edition. A joint publication of OECD and Eurostat.* (OECD 2005), s. 16 ff.

³⁴⁷ Der henvises til Udbudsdirektivets art. 23 som indeholder en nærmere beskrivelse af tekniske specifikation. Se også afsnit 4.1.1 - Udbudsdirektivet art. 23 - tekniske specifikationer samt Direktivforslagets art. 40

ring, terminologier, symboler mv. samt kvalitetsniveauer, miljø- og klimapræstationer. Beskrivelsen spænder således meget vidt og omfatter formentligt alle tænkelige specifikationer af en teknisk art, som kan komme på tale i forbindelse med beskrivelsen af vare og tjenesteydelser.

Af bilag VIII punkt 2-5 fremgår ydermere definitioner af *standarder*, *europæiske tekniske godkendelser*, *fælles tekniske specifikationer* eller *tekniske referencer*. Bilaget ligner i sin form den nuværende definition i Udbudsdirektivets bilag VI pkt. 2-5 med undtagelse af pkt. 4, som er ændret med en henvisning til Rådets forordning jf. nedenfor.

Efter bilag VIII pkt. 2 er en *standard* en teknisk specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan, herunder både internationalt, europæisk og nationalt. Dette er i sig selv meget omfattende, idet der findes utallige standarder både på internationalt, europæisk og nationalt niveau. En *europæisk teknisk godkendelse* skal, jf. pkt. 3, forstås som en positiv teknisk vurdering af et produkts egnethed til anvendelse af et bestemt formål.³⁴⁸ *Fælles tekniske specifikationer* skal forstås som tekniske specifikationer, der er udarbejdet efter en af medlemsstaterne godkendt procedure eller i henhold til art. 9 og 10 i Rådets forordning om europæiske standarder,³⁴⁹ jf. pkt. 4. Til slut skal *teknisk reference* defineres som enhver leverance fra et europæisk standardiseringsorgan. Disse definitioner af visse tekniske specifikationer i forslagens bilag VIII favner meget bredt og henviser dermed til alle former for produktgodkendelser og standarder, som kan findes både internationalt, europæisk og nationalt.

Der er lagt op til, at bestemmelsen i forslagens art. 24, stk. 1, litra c ved en ordlydsfortolkning skal vurderes i henhold til adskillige forhold, før denne kan antages at blive godkendt som grundlag for at anvende konkurrencepræget dialog ved indgåelse af en offentlig kontrakt. Dette indikerer, at der må foreligge et absolut og meget indskrænket anvendelsesområde for, hvornår denne bestemmelse kan bringes i anvendelse. Det formodes, at det både vil være omkostningsfuldt og kræve store fagspecifikke ressourcer for at opfylde betingelserne.

6.3.1.2 Fælles betingelser

Ud over betingelserne som er oplistet ovenfor, findes der i forslagens artikel 24, stk. 1, litra d og e nogle fælles betingelser, hvor kontrakttypen ikke er afgørende. Det vil sige, at uanset om der er tale om *bygge- og anlægsarbejder*, *tjenesteydelser* eller *vareindkøb* kan den ordregivende myndighed anvende konkurrencepræget dialog, såfremt de opfylder betingelserne i disse bestemmelser. Dette afsnit vil ligesom afsnittet ovenfor alene tage udgangspunkt i en ordlydsfortolkning af bestemmelserne, hvorfor formålet med bestemmelserne tages særskilt op i det efterfølgende.

Artikel 24, stk. 1, litra d: Betingelsen i henhold til bestemmelsens litra d henviser til de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed kun modtager *ukorrekte* eller *uacceptable tilbud* i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud. Bestemmelsen udspringer fra Udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a,³⁵⁰ men afviger fra denne, idet denne bestemmelse indeholder begreberne *ikke for-*

³⁴⁸ Godkendelsen skal derudover udstedes af et organ som er godkendt hertil af medlemsstaten.

³⁴⁹ Forordningen er ikke på nuværende tidspunkt nummeret.

³⁵⁰ "...når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige, eller er afgivet tilbud, som er uantagelige efter nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 4, 24, 25 og 27 samt bestemmelserne i kapitel VII..."

skriftsmæssig og uantagelig tilbud frem for *ukorrekt* og *uacceptabel*, som det er tilfældet i Udbudsdirektivet. Umiddelbart synes begreberne at dække over de samme forhold *kun* formuleret med mere moderne begreber. For at uddybe de pågældende begreber, henviser Direktivforslagets art. 24, stk. 1, litra d direkte til bestemmelsen i Direktivforslagets art. 30, stk. 2, litra a.³⁵¹ I art. 30, stk. 2, litra a bliver begreberne yderligere afgrænset til at omfatte de situationer, hvor 1) *der ikke afgives tilbud*, 2) *ikke afgives egnede tilbud* 3) eller *at der ikke er modtaget nogen ansøgninger*. Kommissionen har med denne bestemmelse klargjort, hvad begreberne *ukorrekt* og *uacceptabel* tilbud skal omfatte.

Betingelsen i Direktivforslagets art. 24, stk. 1, litra d med henvisning til art. 30, stk. 2, litra a tager udgangspunkt i det tilfælde, hvor et udbud, som er offentliggjort på sædvanlig vis, ikke har resulteret i et tilstrækkeligt grundlag for en ordretildeling. Denne bestemmelse anvendes dermed kun for så vidt, at den ordregivende myndighed allerede har forsøgt at gennemføre et udbud gennem enten et offentligt eller begrænset udbud, og såfremt at en af de opridsede situationer i art. 30, stk. 2, litra a i den forbindelse er opfyldt.

Første situation omhandler jf. Direktivforslagets art. 30, stk. 2, litra a det tilfælde, *at der ikke er afgivet tilbud*. Dette må henvises direkte til de tilfælde, hvor der ikke er modtaget tilbud overhovedet. Den anden situation, hvor *der ikke er afgivet egnede tilbud*, er mere uklar. Det er ikke i praksis afklaret, hvordan uegnet skal fortolkes eller afgrænses i henhold til formuleringerne *ikke-forskriftsmæssigt* eller *uantageligt* tilbud, jf. nuværende bestemmelse i Udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a. En fortolkning er formentligt, at *ikke egnede tilbud* skal forstås som et bredere begreb, som både omfatter ikke-forskriftsmæssig og uantagelige tilbud, idet disse selvsagt ikke vil være egnede. Hvorvidt betegnelsen *egnede* derudover skal fortolkes til at omfatte yderligere forhold, kan ikke på det pågældende grundlag tiltrædes. Det må dog formodes, at der ved enhver vurdering skal foretages en streng fortolkning i forhold til, at det ikke må bero på de ordregivende myndigheders egen skyld, og at et uegnet tilbud skal forstås således, at tilbuddet ikke vil kunne opfylde ordregiverens behov, som fastsat i udbudsgrundlaget. Den sidste mulige situation er, hvor *der ikke er modtaget nogen ansøgninger*. Situationen må skulle fortolkes ligesom den første situation i bestemmelsen. I dette tilfælde afhænger det af, at der ikke er modtaget nogen ansøgninger om deltagelse overhovedet. Dette vil i så fald være de tilfælde, hvor udbudsproceduren kræver, at der skal ansøges om at deltage i udbudsprocessen.³⁵²

Den pågældende bestemmelse kan danne grundlag for en vis fortolkningstvivel i forbindelse med forståelsen af begrebet *ikke egnet*. Det må antages, at det til enhver tid vil være en vurdering af hvorvidt og i hvilket omfang de økonomiske aktører kan opfylde kravene i udbudsbekendtgørelsen. Derimod vil der ikke være meget tvivl om, hvorvidt en af de andre situationer oplistet i art. 30, stk. 1, litra a er opfyldt eller ej.

Afslutningsvist skal det nævnes, at der er indsat en yderligere betingelse i Direktivforslagets art. 30, stk. 2, litra a om, at der på anmodning fra det nationale tilsynsorgan skal foreligges disse en

³⁵¹ Artiklen omhandler proceduren, udbud med forhandling uden offentliggørelse. Det bemærkes, at den ordregivende myndighed skal opfylde andre betingelser for at anvende denne procedure.

³⁵² Dette vil omfatte proceduren begrænset udbud, da dette er den eneste udbudsprocedure, som indeholder prækvalifikation uden, at de ordregivende myndigheder allerede har opfyldt betingelserne i Direktivforslagets art. 24, stk. 1.

rapport. Dette ændre således ikke ved selve forståelsen, men fastslår blot, at den ordregivende myndighed skal indsende en rapport, såfremt det anmodes af enten Kommissionen, hvilket også fremgår i Udbudsdirektivet, eller det nationale tilsynsorgan.

Artikel 24, stk. 1, litra e: Sidste mulighed for at anvende konkurrencepræget dialog i Direktivforslaget er bestemmelsen litra e. Denne bestemmer, at de pågældende procedurer kan anvendes, såfremt der *som følge af særlige omstændigheder med hensyn til arbejdernes, leverancernes eller tjenesternes art og kompleksitet og risici i forbindelse med dem ikke kan tildeles uden forudgående forhandling.*

Bestemmelsen diskriminerer ikke i forhold til type af kontrakt. Derimod er kravet, at der skal være tale om *særlige omstændigheder* i forbindelse med kontraktens *art* og *kompleksitet* samt *risici*, som altså *ikke kan løses* uden forudgående forhandling.

En fortolkning af begrebet *særlige omstændigheder* må foretages ud fra den kontekst, begrebet indgår i. Det drejer sig således kun om særlige omstændigheder i forbindelse med kontraktens *art* og *kompleksitet* samt *risici*. Det vil sige, at der skal være tale om situationer, hvor disse forhold ikke kan fastlægges, og dermed er til hinder for, at der kan opnås et offentligt eller begrænset udbud. Begrebet *særlige omstændigheder* må yderligere inkludere de forhold, som den ordregivende myndighed ikke kunnet forvente ville forekomme. Det vil sige forhold der ikke skyldes den ordregivende myndigheds egen skyld.

Derudover er det et krav, at de forhold, som forårsaget af særlige omstændigheder i henhold til kontraktens art, kompleksitet samt risici, skal være skyld i, at et udbud *ikke kan* gennemføres uden forudgående forhandling. Der må ligges en meget skarp fortolkning i formuleringen *ikke kan*. Formuleringen må anses som en umulighed, som er opstået på baggrund af disse *særlige omstændigheder*. At der er tale om en umulighed betyder, at der ikke må foreligge egen skyld fra den ordregivende myndigheds side. Denne bestemmelse anses som værende den, som indholdsmæssigt læner sig tættest op af Udbudsdirektivets nuværende betingelse for at anvende konkurrencepræget dialog, idet "*ikke kan*" skal fortolkes strengt, og efter ordlyden forventeligt anses som en absolut umulighed frem for en relativ umulighed.

Ordlyden af bestemmelsen i art. 24, giver ikke anledning til yderligere fortolkning som der med sikkerhed er belæg for. Derfor vil indholdet af art. 24, stk. 1, i det følgende blive vurderet ud fra en formålsfortolkning.

6.3.2 Konkurrencepræget dialog set i lyset af en formålsfortolkning

Kommissionen har haft en klar baggrund for at indføre og fastholde procedureformen konkurrencepræget dialog. Som det fremgår af Direktivforslagets præambel,³⁵³ er der stadig stort behov for at øge fleksibiliteten til procedureformen konkurrencepræget dialog, således der reelt gives mulighed for forhandling.³⁵⁴ Derudover anføres det, at formålet med en revidering er, at de ordregivende myndigheder bør kunne anvende en forhandlingsbaseret udbudsprocedure i de tilfælde,

³⁵³ Direktivforslaget – betragtning i præambelens nr. 15 og 16

³⁵⁴ Ibid., nr. 16

hvor offentlig eller begrænset udbud ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat, hvilket særligt omfatter tilfælde, hvor der er tale om nye og innovative projekter.³⁵⁵

Ud fra ordlyden af den reviderede bestemmelse i Direktivforslagets art. 24 er formålet ikke umiddelbart opnået med denne bestemmelse alene. Med baggrund i at betingelserne for konkurrencepræget dialog har været underlagt meget kritik, og at det ud fra præambelen i Direktivforslaget er klart, hvad formålet med revideringen har været, virker revideringen ikke specielt gennemtænkt. Muligvis skyldes dette kompromiser mellem medlemsstaterne på baggrund af forskellige holdninger, og hvad der kan ændres i respekt for anden lovgivning og principper.³⁵⁶

Det må anses som problematisk, at anvendelsesområdet nærmere fastlæggelse endnu engang må bero på den fortolkning bestemmelsen bliver tillagt fra de retlige instanser. Forhåbentlig vil instanserne fastlægge et entydigt og anvendeligt anvendelsesområde fra starten af. Det må forventes at bestemmelserne bliver mere lempelig fortolket end en streng ordlydsfortolkning, hvorfor konsekvenserne for parterne ikke vil fremstå så strengt, som Specialet har belyst.

Som anført i analysen af den nuværende bestemmelse i Udbudsdirektivet har Klagenævnet fastlagt en relativ fortolkning af de nuværende betingelser, hvilket ikke umiddelbart kommer til udtryk i revideringen af bestemmelsen. Som benævnt, har EU-domstolen endnu ikke givet deres fortolkning af anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog, hvorfor EU selvsagt ikke har haft egen praksis at lave en revidering på baggrund af. Der må dog være en stærk formodning for, at Kommissionen efter de mange diskussioner vedrørende konkurrencepræget dialog eller manglen på forhandlingsmuligheder ved offentlige udbud, i realiteten *har* haft til hensigt at åbne op for anvendelsesområdet. Det kommer dog ikke til udtryk i ordlyden, hvilket kan være med til *endnu engang* at skabe tvivl om anvendelsesområdet, såfremt Direktivforslaget i sin form bliver vedtaget.

Derfor kan der skarpt opsummeres, at før bestemmelsens anvendelsesområde endeligt kan blive fastlagt, vil det kræve en fortolkning fra enten Klagenævnet eller Domstolen. Alene dette vil kunne medføre, at ordlyden af bestemmelsen kommer til at stemme overens med det faktiske formål med revideringen. Indtil da er det parterne selv som skal vurdere dette, hvorfor der igen foreligger en procesrisiko, ligesom der er risiko for, at medlemslandenes praksis ikke følger hinanden.

6.3.3 Innovationspartnerskab

Som anført i den indledende begrundelse til Direktivforslaget³⁵⁷ indeholder forslaget "*en ny særlig procedure til udvikling og efterfølgende anskaffelse af innovative varer, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser*"³⁵⁸ – udbudsproceduren *innovationspartnerskab*.

³⁵⁵ Direktivforslaget – betragtning i præambelens nr. 15

³⁵⁶ Dette er forfatterens egen ræsonnement, hvorfor der ikke foreligger belæg for denne udtalelse.

³⁵⁷ Direktivforslagets indledende bemærkninger s. 11

³⁵⁸ Ibid.

Dette tiltag skal ses med baggrund i 2020-strategien jf. forslagetets præambel.³⁵⁹ Som omtalt bygger 2020-strategien på syv forskellige flagskibsinitiativer herunder flagskibsinitiativet *Innovation i EU*.³⁶⁰ Dette flagskib tages særligt op i en meddelelse fra Kommissionen, hvor formålet med flagskibet uddybes nærmere.³⁶¹ Særligt omtales de innovative partnerskaber, som en mulighed for at styrke EU's konkurrencedygtighed.³⁶² Innovationspartnerskaberne skal ikke ses som en idé, men derimod som et faktisk initiativ der er lanceret for at teste en ny tilgang til EU-forskning og innovation.³⁶³ Disse partnerskaber skal medvirke til at opnå bedre og hurtigere resultater og skal anvendes inden for de områder, der udelukkende omfatter aktiviteter som berettiger statslig indgriben.³⁶⁴ Indgåelse af offentlige kontrakter forventes at tilhøre denne kategori. Meddelelsen tager tillige problematikken op vedrørende merværdi, specielt i forhold til offentlige indkøb.³⁶⁵ Det er meningen, at innovationspartnerskabet skal benyttes de steder, hvor der kan være øget mulighed for at skabe merværdi for pengene, og hvor denne mulighed ikke er udnyttet endnu.

I Udbudsdirektivet har det gennemgående været mening, at innovative løsninger skal opnås gennem proceduren konkurrencepræget dialog,³⁶⁶ men med den nye udbudsprocedure innovationspartnerskab åbnes der op for, at medlemslandene kan tilføje denne som en proceduremulighed, hvilket har hjemmel i forslagetets art. 29. Som det fremgår af bestemmelsens stk. 1, skal proceduren anvendes med henblik på, at "... etablere et struktureret partnerskab for udvikling af innovative varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder...". Det fremgår således klart, at proceduren skal anvendes ved indgåelse af kontrakter, hvor udvikling og innovation er i højsæde.

Eftersom at proceduren konkurrencepræget dialog er anset som værende den procedure, hvor igennem innovative løsninger skal opnås³⁶⁷, kan innovationspartnerskabet betragtes som en udvikling af konkurrencepræget dialog. På trods af dette skal kontrakter for innovationspartnerskab tildeles i henhold til procedurereglerne for udbud med forhandling,³⁶⁸ og dermed ikke procedurereglerne for konkurrencepræget dialog. Når innovationspartnerskab følger proceduren for udbud med forhandling, gives der større adgang til forhandling og dialog set i forhold til konkurrencepræget dialog, idet formen giver mulighed for forhandlingen efter afgivelse af tilbud.³⁶⁹ I forhold til innovationspartnerskabet skal det ydermere bemærkes, men ikke uddybes, at der ved valg af

³⁵⁹ Direktivforslaget præambelen nr. 17

³⁶⁰ Afsnit 1.2.2 - Small Business Act og 2020 strategien, samt KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010

³⁶¹ KOM(2010) 546 af 6. oktober 2010 jf. s. 4

³⁶² Ibid., s. 25 – Idéen bag partnerskabet er blandt andet, "*Partnerskaberne vil samle alle relevante aktører på EU-plan og på nationalt og regionalt plan for at: i) intensivere forsknings- og udviklingsindsatsen ii) koordinere investeringer i demonstration og pilotprojekter iii) foregribe og fremskynde al nødvendig lovgivning og alle nødvendige standarder og iv) mobilisere "efterspørgslen" navnlig gennem bedre koordinerede offentlige indkøb for at sikre, at vigtige resultater hurtigt kommer på markedet.*"

³⁶³ Ibid., s. 26

³⁶⁴ Ibid., s. 26

³⁶⁵ Ibid., s. 27

³⁶⁶ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 46.

³⁶⁷ Ibid., s. 46.

³⁶⁸ Direktivforslagets art. 29 stk. 3. – med henvisning til art. 27 (udbud med forhandling)

³⁶⁹ Udbudsdirektivets art. 30 stk. 2 og Direktivforslagets art. 27 stk. 3.

denne procedure skal lægges særligt vægt på udvælgelseskriterier vedrørende tilbudsgivernes kapacitet og erfaring på området for forskning og udvikling samt udvikling af innovative løsninger.³⁷⁰

Som anført gør det ingen forskel, hvorvidt der er tale om konkurrencepræget dialog eller innovationspartnerskab i henhold til selve anvendelsesområdet, da der foreligger samme krav for at anvende innovationspartnerskab, udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog.³⁷¹ De ordregivende myndigheder skal alene opfylde én af de fem opstillede betingelser i forslagets art. 24, stk. 1, litra a til e. Der sker dermed ikke en differentiering af anvendelsesområdet afhængig af, hvilken procedure som vælges, hvorfor valget udelukkende har betydning for udbudsprocessen

Innovationspartnerskab indikerer tydeligt i henhold til en formålsfortolkning, at der ønskes mere fokus på innovative idéer. Dette er en positiv indstilling fra Kommissionen, hvorfor den nye procedurereform som udgangspunkt er til fordel for SMV'erne. De innovative SMV'er vil i fremtiden formentlig afgive tilbud efter denne procedurereform, såfremt de ordregivende myndigheder ønsker en innovativ løsning. Som tidligere anført³⁷² er de forhandlingsbaserede udbudsformer forbundet med store tidsmæssige og økonomiske konsekvenser, hvilket ikke umiddelbart vil gavne SMV'erne. Det faktum, at der vil blive forhandlet i længere tid, vil formentligt kræve betydelige ekstraomkostninger set i forhold til konkurrencepræget dialog. Yderligere vil forhandling selvsagt gøre det nemmere for SMV'er at forsvare deres innovative idéer, men om dette vil opveje den økonomiske belastning afhænger af det konkrete tilfælde. Dette skal ligeså holdes op med, at ordregivende myndigheder formentlig foretrækker udbudsformer med længere dialogfase, da de herved i samme omfang kan præge og forme tilbuddenes endelige form efter deres interesse.

Det skal hertil bemærkes, at eftersom innovationspartnerskabet er skabt for at dække området for de innovative indkøb, som tidligere ville falde under konkurrencepræget dialog, må det betyde, at Kommissionen ved at indføre denne nye procedurereform fjerner en stor del af det grundlag, som konkurrencepræget dialog på nuværende tidspunkt er baseret på.

6.4 Ændringer i henhold til Direktivforslaget

Nedenstående afsnit diskuterer ændringerne, som Direktivforslaget har medført i forhold til konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab, for endeligt i næste afsnit at diskutere dette i forhold til SMV-problematikken.

Efter gennemgangen i de forrige afsnit kan anvendelsesområdet umiddelbart virke mere tilgængeligt for bygge- og anlægskontrakter end for vare og tjenesteydelser. Dette vurderes ud fra art. 24, stk. 1, litra a, hvorefter den ordregivende myndighed kan anvende konkurrencepræget dialog alene ved at opfylde betingelsen om, at kontrakten skal omfatte både projektering og udførelse. Der er ikke en lignende bestemmelse i Udbudsdirektivets i dets nuværende form. *Endelig* foreligger der et område, som fuldt ud opfylder formålet med at have et råderum for dialog.

³⁷⁰ Direktivforslagets art. 29 stk. 1.

³⁷¹ Afsnit 6.3.1 - Nye krav for anvendelse af konkurrencepræget dialog

³⁷² Afsnit 6.2.3 - Behovet for ændringer

Såfremt kontraktgenstanden kun omfatter udførelse, er der stadig mulighed for at anvende proceduren. Der skal i dette tilfælde foretages en mere skærpet fortolkning. De yderligere betingelser kræver, at anvendelsen findes nødvendig, hvilket som beskrevet tidligere må fortolkes absolut. Derudover er der en mulighed efter art. 24, stk. 1, litra b, hvor konkurrencepræget dialog kan anvendes, såfremt de fire betingelserne for disse innovative løsninger kan opfyldes.

Anderledes forholder det sig vedrørende vare- og tjenesteydelseskontrakterne. Litra c indeholder nogle meget omfattende betingelser, som de ordregivende myndigheder skal opfylde, såfremt de vil benytte sig af denne bestemmelse. Det vil uden tvivl være besværligt, praktisk umuligt, tidskrævende og omkostningsfuldt at dokumentere, at der ikke findes standarder, godkendelser eller specifikationer hverken internationalt, europæisk eller nationalt, som kan fastlægge de tekniske specifikationer *tilstrækkelig præcist*. Det skal hertil tydeliggøres, at der formentligt findes et så højt antal af standarder, at varen/ydelsen skal være af så særlig en art, hvorfor det vil være mindre komplekst at anvendes betingelserne i art. 24, stk. 1, litra d, og herved undgå ovenstående dokumentationskrav.

Betingelserne i henholdsvis litra d og e, som kan anvendes uanset kontrakttype, rummer ikke, hvad der måtte forventes efter formålet, hvorfor anvendelsesområdet ikke er blevet udvidet. Derfor må der være formodning for, at bestemmelserne uanset ordlyden gennem en fortolkning af henholdsvis Klagenævnet og/eller domstolen vil blive fortolket mindre skærpet, end hvad ordlyden giver udtryk for. Hermed er hele ideen og iværksættelsen med at ændre direktivet på dette område langt hen ad vejen formålsløs.

6.4.1 Ændringerne i forhold til nuværende retstilstand

Ovenstående opsummering af betingelserne i forslagets art. 24, stk. 1, litra a til e kan ikke umiddelbart komme nærmere en komplet analyse på det pågældende grundlag. Der er selvsagt ingen retspraksis på området, som kan bidrage med en fortolkning. Fortolkningen kan derfor umiddelbart kun foretages ud fra ordlyden af bestemmelsen sammenholdt med lignende bestemmelser i det gældende Udbudsdirektiv, samt det formål bestemmelsen er indsat med.

Tidligere er Klagenævnspraksis på området blevet gennemgået. Dette har været medvirkende til at forme fortolkningen af bestemmelsens nuværende anvendelsesområde. Derfor vil det være interessant for denne analyse og efterfølgende diskussion at undersøge, hvorvidt disse kendelser eventuelt vil falde anderledes ud, såfremt det er betingelserne i Direktivforslaget, som danner grundlaget for kendelserne. I det følgende tages derfor udgangspunkt i de gennemgåede kendelser fra Klagenævnet.³⁷³

I Klagenævnets kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksystem GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S,³⁷⁴ faldt kendelsen ud til fordel for indklagede, idet Klagenævnet fandt at anvendelsen af konkurrencepræget dialog var berettiget. I denne sag var der tale om en bygge- og

³⁷³ Afsnit 6.2 – Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

³⁷⁴ Omtalt under afsnit 6.2 – Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

anlægskontrakt indeholdende både projektering og udførelse.³⁷⁵ Herved vil den ordregivende myndighed, såfremt sagen skal vurderes i henhold til betingelserne i Direktivforslaget, opfylde en af betingelserne i henholdsvis artikel a, b, d eller e. I dette tilfælde vil det ud fra betingelsernes ordlyd hurtigt kunne fastslås, at kendelsen ville falde ud til samme side ved henvisning til forslaget art. 24, stk. 1, litra a, da kontraktgenstanden netop omfatter både projektering og udførelse. Der vil derfor ikke være behov for yderligere fortolkning af de øvrige bestemmelser.

I både Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 med henvisning til kendelsen af 27. april 2010, Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen,³⁷⁶ kendelsen af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum³⁷⁷ og den seneste kendelse fra Klagenævnet af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune,³⁷⁸ er der tale om kontrakter som falder under offentlige vare- eller tjenesteydelseskontrakter.³⁷⁹ Dermed skal sagerne vurderes ud fra betingelserne i henholdsvis art. 24, stk. 1, litra c, d eller e.

Eftersom ingen af de pågældende sager er prøvet gennem offentlig eller begrænset udbud, vil litra d ikke kunne anvendes, idet betingelserne herfor ikke er opfyldt.³⁸⁰ Dermed vil de ordregivende myndigheder stå tilbage med betingelserne som oplistet i litra c og e. Disse bestemmelser indeholder, som tidligere fastslået, de mest komplicerede og krævende betingelser. Såfremt konkurrencepræget dialog skal accepteres på baggrund af betingelserne i litra c, vil det kræve, at de ordregivende myndigheder ikke kan fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkeligt præcist med henvisning til standarder, godkendelser, specifikationer eller referencer. Der er ikke i nogle af kendelsernes præmisser henvist til om sådanne foreligger, men da betingelsen heller ikke har været grundlaget for parternes argumentation, vil der selvsagt ikke være lagt vægt på dette forhold fra hverken klagerens eller de indklagedes side.

Det formodes herefter, at eftersom bestemmelsen i litra c må anses som værende meget omfattende, omkostningsfuldt og stiller store krav til fagspecifikke ressourcer, er der formodning for, at de ordregivende myndigheder ikke vil benytte denne bestemmelse. Kun i forhold til kendelsen af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum er der tale om et så innovativt projekt, at betingelserne i litra c sandsynligvis vil kunne opfyldes, idet der ikke ville være standarder godkendelser, specifikationer eller referencer, som de ordregivende myndigheder kan henvise til for at fastlægge de tekniske specifikationer. Alligevel formodes det, at dette ikke vil blive tilfældet på grund af de krævende ressourcer, som bestemmelsen lægger op til. I dette tilfælde vil der være lige så god mulighed for at anvende den sidste bestemmelse som grundlag.

³⁷⁵ Kendelsen af 8. januar 2008; s. 1 "*design and execution of automatic parking facilities*" samt s. 5 "*The scope of this tender is an automatic parking system, comprising of following main activities: Design, Installation, Testing and commissioning, Service and maintainance for a period for 5 years*"

³⁷⁶ Omtalt under afsnit 6.2 – Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Kendelsen af 14. april 2008; s. 11 "*Den udbudte tjenesteydelse – etablering af og tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet...*" Jf. Udbudsbekendtgørelse Nr. 2008/S 249-332457 af 19. december 2008 i kendelsen af 14. september 2009 og kendelse af 1. november 2010; s. 1.

³⁸⁰ Afsnit 6.3.1.2 – Fælles betingelser

De ordregivende myndigheder vil sandsynligvis i samtlige ovenstående tilfælde begrunde anvendelsen af konkurrencepræget dialog i henhold til art. 24, stk. 1, litra e. Det er denne procedure, som rent indholdsmæssigt ligger tættest op af de betingelser, som Udbudsdirektivet indeholder. Det vil dog umiddelbart være vanskeligt at foretage en analyse af, hvorvidt sagerne udfald vil falde anderledes ud, idet kendelsens præmisser naturligvis ikke lægger op til en diskussion af Direktivforslagets betingelser i art. 24, stk. 1, litra e. Alligevel må det forventes, at der er risiko for, at konkurrencepræget dialog ikke kan anvendes i kendelserne, med undtagelse af "Væggen", ved en vurdering ud fra Direktivforslaget, når bestemmelsen lægger op til en absolut og dermed strengere fortolkning. Det må dog antages ikke at blive tilfældet, eftersom Klagenævnet formentligt fortsat vil fortolke bestemmelserne ud fra formålet med henvisning til de indledende bemærkninger til Direktivforslaget samt betragtningerne i præamblen.³⁸¹ Hermed vil Klagenævnet stadig foretage en relativ fortolkning af bestemmelserne, hvilket vil betyde, at sagerne vil falde ud, som det er tilfældet i henhold til Udbudsdirektivet.

6.5 Direktivforslagets betydning for SMV'erne

Som tidligere beskrevet er Direktivforslaget udarbejdet på baggrund af Grønbogen³⁸² og de efterfølgende høringer i forbindelse hermed. Derfor er det relevant at forholde sig til de mål og ønsker, der blev opstillet i grønbogen for SMV'er i forbindelse med offentlige indkøb. Det blev heri blandt andet anført, at det i sig selv var et mål at forbedre EU's udbudsregler til gavn for innovative SMV'er, som udgør størstedelen af de innovative virksomheder i EU.³⁸³ At lette adgangen for SMV'erne vil alt andet lige resultere i, at flere aktører kommer i betragtning ved tildeling af kontrakter. En udnyttelse af SMV'ers potentiale vil dermed have indvirkning på EU's benævnte vision om vækst, innovation og beskæftigelse samt medvirke til de opstillede mål i EU's 2020-plan.³⁸⁴

Det understøttes endvidere af Folketinget i deres høringssvar til Grønbogen,³⁸⁵ at der skal mere forhandling til i forbindelse med offentlige kontrakter, og at innovation i højere grad vil blive fremmet, såfremt der anvendes dialogbaserede udbudsformer. Det samme gør sig gældende for den danske Regerings høringssvar.³⁸⁶ Regeringen påpeger, at der skal fokus på at forenkle de nuværende procedurer, herunder at der skal være bedre mulighed for at anvende konkurrencepræget dialog,³⁸⁷ da innovative ideer kommer bedste frem gennem sådanne Udbudsform,³⁸⁸ dog med forbehold for at yderligere forhandling kan skabe yderligere omkostninger for SMV'erne.

³⁸¹ Afsnit 6.3.2 - Konkurrencepræget dialog set i lyset af en formålsfortolkning

³⁸² KOM(2011) 15 af 27. januar 2011.

³⁸³ Afsnit 1.3 - Grønbogen den fremadrettede vej

³⁸⁴ KOM(2010) 2020 af 3. marts 2010, s. 6 og s. 13 samt SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008 - Se også afsnit 1.2.2 - Small Business Act og 2020 strategien

³⁸⁵ Bilag 6, s. 4 ff.

³⁸⁶ Bilag 12: *Den danske regerings høringssvar til Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. 2011. KOM(2011) 15 - Bilag 5.*

³⁸⁷ Ibid., s. 4 og s. 8

³⁸⁸ Ibid., s. 33

Særligt fokuserede Grønbogen på SMV'ernes potentiale for vækst og innovation ved at lette deres adgang til innovative kontrakter.³⁸⁹ I den forbindelse vil en lempeligere adgang til proceduren konkurrencepræget dialog forøge innovative SMV'ers muligheder for at vinde en kontrakt, da denne procedureform skal imødekomme sådanne kontrakter. Det forventes, at innovative virksomheder generelt vil have nemmere ved at få tildelt en kontrakt, såfremt de får mulighed for at indgå en dialog med den ordregivende myndighed, som er uvidende omkring andre løsningsforslag og nyskabelser. Eftersom Direktivforslaget introducere den nye udbudsform innovationspartnerskab, har Kommissionen ændret det indholdsmæssige anvendelsesområde for konkurrencepræget dialog, idet innovative løsninger nu skal søges gennem innovationspartnerskab. Dermed udvandes konkurrencepræget dialogs fundament.

Ud over Grønbogens bemærkninger om at fremme SMV'ernes adgang til de offentlige kontrakter, nævnes dette forhold også i præamblen. Kommissionen påpeger, at der er behov for yderligere fleksibilitet og bedre adgang til procedurer, som indeholder forhandling,³⁹⁰ hvilket særligt vil være en fordel for SMV'erne.³⁹¹

Som fastslået i analysen, er der ikke primært åbnet op for de ordregivende myndigheders adgang til at anvende konkurrencepræget dialog, hvilket i sig selv modvirker innovative SMV'ers adgang til at komme i dialog med de ordregivende myndigheder. At forslaget indeholder den nye procedure, innovationspartnerskab, ændrer ikke umiddelbart på selve adgangen for SMV'erne, idet anvendelsesområdet er sammenfaldene med konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Når det konstateres, at kontrakter omfattende af bygge- og anlægsarbejder lettere kan tilgås, er det tvivlsomt, hvor meget dette påvirker SMV'erne. Det må antages, at de ordregivende myndigheders entreprisekontraktens værdi i de fleste tilfælde vil være værdimæssigt langt højere end vare- og tjenesteydelseskontrakter, hvilket dermed ligger pres på tilbudsgiverens ressourcer, specielt økonomisk. Omfanget af disse kontrakter vil formodningsvist ikke harmonere med SMV'ernes ressourcer.

Både konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab og udbud med forhandling har med Direktivforslaget fået samme anvendelsesområde og alle tre er forhandlingsbaserede procedureformer. Det kan være gunstigt for innovative SMV'er, at anvendelsesområdet for de pågældende procedurer er ens. Eftersom innovationspartnerskab følger procedureformen for udbud med forhandling betyder det, at innovationspartnerskab også vil indeholde muligheden for yderligere dialog/forhandling, end hvad konkurrencepræget dialog tilbyder efter nugældende ret. At forhandlingen kan fortsætte i længere tid, må formodes at være en fordel for SMV'er med innovative løsninger, idet at SMV'erne herved opnår en længere dialogtid med mulighed for at specificere deres tilbud. Dette kan have betydning for, hvor konkurrencedygtigt et tilbud de kan afgive, da de herved opnår mere tid til forhandling både med den ordregivende myndighed og med deres eventuelle samarbejdspartner. Denne formodningen er der juridisk set ingen belæg for, men det er en overvejelse som bør tages i betragtning, når SMV'ernes adgang analyseres.

³⁸⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 28

³⁹⁰ Direktivforslaget s. 18, præambelens nr. 15 samt afsnit 6.3.1 – Nye krav for anvendelse af konkurrencepræget dialog

³⁹¹ Direktivforslaget s. 18, præambelens nr. 16

6.6 Delkonklusion

Konkurrencepræget dialog blev vedtaget med det formål at skabe en ny procedure, som kunne opfylde de udbudsretlige principper, samtidig med at proceduren kunne anvendes i de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke selv havde mulighed for at præcisere eller opstille krav til anskaffelsen. Dette formål var begrundet i, at der på daværende tidspunkt ikke fandtes at være et faktisk råderum for disse former for kontrakter, før de nuværende direktivers vedtagelse.

Selvom vedtagelsen af selve udbudsformen *konkurrencepræget dialog* har åbnet op for et råderum for de kontrakter, som ikke objektivt kan præciseres, er det fastslået, at anvendelsesområdet i væsentlig grad mangler præcisering på trods af, at Klagenævnet har udvidet anvendelsesområdet for bestemmelsen fra en absolut ordlydsfortolkning til en relativ formålsfortolkning. Der er stadig tale om en procedure med et usikkert anvendelsesområde, som ikke opfylder de behov og forventninger, som blev stillet til en sådan procedure tilbage i 2004. Derfor er der nu taget initiativ til at revidere betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog, hvilket fremgår af Direktivforslaget.

Der er i Direktivforslaget sket en markant ændring af betingelserne for konkurrencepræget dialog. Ydermere er der indført udbudsformen innovationspartnerskab. Det står efter gennemgangen af Direktivforslaget klart, at ordlyden af betingelserne for anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog er afvigende i forhold til Udbudsdirektivets art. 28³⁹² og art. 29.³⁹³ Ændringerne i betingelserne for at anvende proceduren konkurrencepræget dialog er flere. Først og fremmest er der nu fem muligheder, hvor den ordregivende myndighed alene skal opfylde kravene i én af disse. Derudover er det i et vist omfang af betydning, hvilken kontrakttype der er tale om. Der skelnes mellem *vare og tjenesteydelseskontrakter* og *bygge- og anlægskontrakter*. Vigtigst er dog, at der er tale om nye betingelser, som skal opfyldes, før konkurrencepræget dialog kan bringes i anvendelse.

De nye betingelser åbner i langt de fleste tilfælde ikke op for anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog. Det samme gælder for innovationspartnerskab, eftersom der gælder samme betingelser for anvendelse af disse to udbudsformer.

Kun i forhold til kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder er der sket en markant udvikling. Der er dog risiko for, at kontraktens værdi er af sådan en størrelse, at SMV'erne ikke kan rumme disse kontaktyper, hvorfor adgangen for SMV'erne ikke umiddelbart lettes. Overordnet set må det derfor konkluderes, at de nye betingelser ikke forbedrer de innovative SMV'ers mulighed for at deltage i EU-udbuddene. Derimod formodes det, at anvendelsesområdet ifølge en skærpet ordlydsfortolkning indskrænker anvendelsesområdet yderligere i forhold til nugældende retsgrundlag. Dette begrænser mulighederne for at anvende de dialogbaserede procedurereformer, hvilket betyder at innovative SMV'ers muligheder begrænses.

³⁹² Bestemmelse i Udbudsdirektivet som til dels beskriver anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog

³⁹³ Udbudsdirektivets bestemmelse om konkurrencepræget dialog.

Formålet med revideringen af anvendelsesområdet giver dog en klar indikation af, at Kommissionen har haft til formål at udvide anvendelsesområdet, hvorfor det må formodes, at bestemmelserne vil blive fortolket i henhold til deres formål af henholdsvis Klagenævnet og domstolene, således betingelserne tillægges en mere relativ fortolkning, ligesom det er tilfældet i dag. Det må dog fortsat ses som en tilbagegang i forhold til nuværende retstilstand, idet ordlyden skærper anvendelsesområdet, hvorfor det kun vil være gennem en fortolkning af betingelserne at anvendelsesområdet bliver åbnet op. Herved øges risikoen for, at den økonomiske aktør vil opleve usikkerhed og stor procesrisiko på grund af bestemmelsens ikke afstemte udformning. Ydermere kan der forekomme forskellige fortolkninger i medlemsstaterne. Dette har sandsynligvis ikke været hensigten med revideringen, hvorfor den nye bestemmelse må anses som mangelfuld i forhold til bestemmelsens formål.

Ved at have samme regelsæt for henholdsvis konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab og udbud med forhandling, har de ordregivende myndigheder valgfrihed mellem disse. Det må forventes, at ordregivende myndigheder vil vælge en procedureform med så meget forhandling som muligt, hvorfor konkurrencepræget dialog sandsynligvis vil fravælges, for at opnå mest mulig indflydelse på tilbuddenes endelige udformning. Dette kan dog blive problematisk for SMV'erne, idet det alt andet lige vil betyde, at der vil være øgede omkostninger forbundet med yderligere forhandling, men kan muligvis også øge SMV'ernes mulighed for at tilpasse deres tilbud. Om dette overskygger de øgede omkostninger vil afhænge af om kontrakten vindes. Det kan dermed fastslås, at Kommissionen med revideringen af betingelserne ikke har opnået det ønskede mål, og til tider forværre udbudsreglerne for SMV'erne. Derfor er der stadig mulighed for forbedring, såfremt adgangen for SMV'erne skal lettes.

7. DELKONTRAKTER OG UNDERENTREPRISE

Følgende afsnit er baseret på en beskrivelse samt analyse af retstilstanden i dag ved inddragelse af muligheder, som allerede foreligger i Udbudsdirektivet samt supplerende tiltag, som nogle medlemslande benytter, for efterfølgende at vurdere, om det er en nødvendighed at ændre direktivets regler. Der foreligger ingen retspraksis, som belyser dette område, selvom der foreligger en del kritik af de nugældende regler, da en opdeling af kontrakt ikke er et lovgivningsmæssig krav men blot en mulighed, hvorfor det ikke er i strid med Udbudsdirektivet at fravige opdeling. Afslutningsvis analyseres Direktivforslagets ændringer på dette område for at diskutere ændringens betydning for SMV'erne.

7.1 Nuværende retstilstand – Hvad er mulighederne i dag

Udbudsdirektivet giver flere muligheder for at kontrakten i sidste ende fordeles mellem flere forskellige økonomiske aktører. Mulighederne hjemles i følgende artikler i Udbudsdirektivet.³⁹⁴

Art. 9 indeholder betingelser om delkontrakter, hvor de ordregivende myndigheder i visse tilfælde kan undlade at afholde et EU-udbud ved tildeling af mindre kontrakter.³⁹⁵ Muligheden tager sigte på de delkontrakter, hvis samlede anskaffelse er underlagt et EU-udbud,³⁹⁶ således den resterende del af projektet stadig bringes i EU-udbud. Delkontrakterne kan yderligere opdeles i mindre delkontrakter, hvilke må tildeles til favoriserede økonomiske aktører, efter myndighedens eget valg, hvorfor der er frihed til at kontrahere uden at følge udbudsreglerne. Dog begrænses disse mindre delkontrakter til kun at udgøre maksimalt 20 % af delkontrakternes samlede værdi.³⁹⁷ Herudover må de mindre delkontrakter for tjenesteydelser og vareindkøb have en værdi på under 80.000 euro eksklusiv moms, mens tilsvarende kontrakt om bygge- og anlægsopgaver ikke skal overstige 1.000.000 euro eksklusiv moms.³⁹⁸

Art. 60 er en af de særregler,³⁹⁹ der er for koncessionskontrakter om bygge- anlægsarbejder.⁴⁰⁰ Bestemmelsen gør det muligt for de ordregivende myndigheder at pålægge koncessionshaveren,

³⁹⁴ Art. 9 og art. 60 gennemgås. Art. 25 omhandler også underentreprise vedr. myndighedens anmodning om oplysning af tilbudsgivernes forventning til benyttelse af underentreprise og i så fald med hvem. Bestemmelsen indeholder herved ikke en mulighed for at kræve kontraktdeling, men *kun en oplysningsret*, hvis tilbudsgiverne på eget initiativ vil anvende underentreprenører.

³⁹⁵ En række betingelser skal være opfyldt, såsom der skal være tale om et konkret indkøbsprojekt af ensartet varer samt at kontrakterne skal indgås samtidig. Yderligere betingelser er angivet i direkte i teksten, nemlig 20 % reglen samt kontraktens værdi. For yderligere præcisering af betingelserne henvises til Konkurrencestyrelsens vejledende

³⁹⁶ Værdien af delkontrakterne indgår i beregningen af anskaffelsens samlede værdi, selvom nogle af disse delkontrakter kan undgå et EU-udbud.

³⁹⁷ Udbudsdirektivets art. 9 stk. 5, litra a, 2. led samt art. 9, stk. 5, litra b, 2. led

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Udbudsdirektivets art. 56-61 for koncessionsaftaler om bygge og anlægsarbejder.

⁴⁰⁰ Udbudsdirektivets art. 1, stk. 3 definerer koncessionskontrakter som: "*en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præstere, enten udelukkende*

det vil sige den valgte tilbudsgiver, at en vis del af kontraktens værdi skal overdrages i underentreprise til en tredjepart. Benyttelse af denne særregel kræver først og fremmest at koncessionskontrakten offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen,⁴⁰¹ da de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed skal overholdes. Ydermere kræves det, at kontraktværdien for offentlige bygge- og anlægsarbejder er lig med eller overstiger 6.242.000 EUR.⁴⁰² Særreglen giver mulighed for, at den ordregivende myndighed kan pålægge koncessionshaver, at mindst 30 % af den samlede værdi af det arbejde, som er omfattet af kontrakten, udføres af tredjemand jf. art. 60, stk. 1, litra a. Bestemmelsen giver koncessionshaveren mulighed for at øge denne procentdel. Endvidere kan de ordregivende myndigheder nøjes med at opfordre koncessionshaveren til selv at anføre den eventuelle procentdel jf. litra b. Den ordregivende myndighed kan have interesse i at benytte bestemmelsen i litra a, såfremt de ønsker at sikre sig, at en del af disse store koncessionskontrakter tildeles SMV'er. Der foreligger dog ingen garanti for at underentreprisen tilfalder SMV'er, da den ordregivende myndighed næppe vil kunne pålægge tilbudsgiveren at give den pågældende procentdel til én bestemt type af virksomheder.

Ovenstående muligheder kan både være fordelagtige for SMV'erne samt for myndigheden selv. Eksempelvis vil det gavne myndighederne at opdele anskaffelsen, hvis der foreligger usikkerhed om, hvorvidt der findes en enkelt økonomisk aktør, som kan forestå hele arbejdet. Desuden kan myndighederne påvirke markedet en anelse ved at undgå, at hele kontrakten tilfalder et muligt monopoliseret marked, hvorfor SMV'erne lettere vil kunne tilgå en delkontrakt og herved vinde en del af udbuddet. Endelig har de ordregivende myndigheder ved koncessionskontrakter mulighed for at kræve, at dele af kontrakten skal overdrages til tredjemand, hvorfor flere aktører vil få del i kontraktsummen.

Disse muligheder for opdeling af kontrakten benyttes dog kun på frivilligt initiativ af de ordregivende myndigheder. Art 60 kræver ydermere, at der er tale om en koncessionskontrakt, hvorfor muligheden for anvendelse afgrænses særdeles. Ligeledes er art. 9's anvendelsesområde også yderst afgrænset, eftersom tildeling kan ske uden form for respekt for udbudsrettens regulering. Dette fører læseren videre til en diskussion, om der er behov for ændring af ovenstående muligheder.

7.1.1 Behovet for ændringer

Det må formodes, at mulighederne for en opdeling af kontrakten aldrig har haft mere relevans, end det har i dag. Den finansielle krise, sammenlægninger af kommuner og amter og den større benyttelse af SKI⁴⁰³ udmunder i større enheder. Herved centraliseres offentlige indkøb ved at akkumulere udbuddene snare end at foretage tilsvarende udbud decentralt.⁴⁰⁴ Centralisering af ud-

består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris." Der er også mulighed for en koncessionskontrakt for tjenesteydelser, jf. art. 1 stk. 4, dog hjemler særreglerne i art. 56-61 ikke tjenesteydelser.

⁴⁰¹ Udbudsdirektivets art. 58

⁴⁰² Dette beløb er jf. Udbudsdirektivets art. 56, tærskelværdien for koncessionskontrakter

⁴⁰³ Afsnit 2.5 – Begrebsafklaring. At der SKI benyttes mere i dag, støttes endvidere af betragtningen i Direktivforslagets præambel nr. 20, s. 19.

⁴⁰⁴ Forholdet beskrives ligeledes i Direktivforslagets præambel, nr. 24

bud bevirker, at værdien af offentlige udbud stiger betydeligt i størrelsen, hvilket gør det svære for SMV'erne at komme betragtning i ved EU-udbud. Dette gavner på ingen måde det vækstpotentiale, som SMV'erne udgør i dag.⁴⁰⁵

Der foretages allerede praktiske tiltag i EU's medlemslande, som udspringer fra nugældende retsgrundlag og som tilgodeser SMV'erne. I Frankrig er udgangspunktet, at kontraktstildelingen sker i delkontrakter for at opnå størst mulig konkurrence.⁴⁰⁶ Kun ved vanskelige eller kostbare gennemførsler af udbud samt ved andre saglige begrundelser kan udgangspunktet fraviges. I Ungarn og Rumænien er udvælgelseskriterierne indrettet således, at de skal hænge sammen med og stå i forhold til de enkelte delkontrakter frem for den samlede kontraktgenstand.⁴⁰⁷ Irland har kutyme for, at den økonomiske aktør, som har fået tildelt kontrakten skal koordinere hele projektet med udvalgte økonomiske aktører af delkontrakterne, hvorfor de ordregivende myndigheder tilgodeser SMV'erne samtidig med, at de selv undgår koordineringen af delkontrakternes udførelse.⁴⁰⁸

Selvom flere medlemsstater har fastlagt procedurer, som tilgodeser SMV'erne, er det langt fra alle lande, inkl. Danmark, som gør noget ekstraordinært.⁴⁰⁹ For at sikre at adgangen til offentlige kontrakter for SMV'erne forbedres, kræver det, at nogle af mulighederne bliver pålagt gennem lovgivningen, således de frie afbenyttelsesmuligheder, jf. art. 9 og 60, bliver afløst af absolutte fastlagte krav. SMV'erne vil derigennem opnå større adgang både kvantitativt og kvalitativt,⁴¹⁰ eftersom SMV'ernes kapacitet og specialisering svarer bedre til delkontraktens størrelse. Dette vil sandsynligvis betyde en mere tidskrævende procedure for de ordregivende myndigheder, men til gengæld vil de alt andet lige opnå mere effektiv konkurrence samt bedre anskaffelser for tilsvarende likviditet, da erhvervsklimaet udvides til også at omfatte SMV'er.

Grønbogen diskuterer, hvilke reguleringer der vil kunne imødekomme SMV'erne vanskelige adgang til EU-udbud, da det må konstateres, at der er stor fokus på SMV'erne, hvis 2020-strategiens vision for intelligent, bæredygtig samt inklusiv vækst skal opnås.⁴¹¹ Uden at gå på kompromis med ligebehandlingsprincippet vil følgende forslag, ifølge Grønbogen være mulige løsninger på delkontraktsproblematikken:⁴¹²

- at de ordregivende myndigheder opstiller mål for, hvor stor en andel af det samlede offentlige indkøb, som skal tilgå SMV'erne. Herved vil de ordregivende myndigheder altid have SMV'erne i mente, når der skal foretages udbud, således flere indkøb bliver *SMV-venlige*.

⁴⁰⁵ Afsnit 1.2.3 - SMV'er og offentlig EU-udbud

⁴⁰⁶ SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008, s. 7

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Da Danmark ikke har foretaget yderligere lovgivningsmæssig regulering for at forbedre vilkårene for SMV'er. Det kan dog ikke udelukkes, at nogle myndigheder ved udbud har øje for SMV-problematikken.

⁴¹⁰ Afsnit 1.2.3 - SMV'er og offentlig udbud

⁴¹¹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011

⁴¹² Ibid., s. 29. f

- at forpligtelsen, i art. 60 for koncessionskontrakter ændres til at blive et lovpligtig krav for alle EU-udbud. Herved skal de ordregivende myndigheder ved større værdimæssige anskaffelser kræve, at den valgte tilbudsgivere skal videregive en del af kontraktværdien til andre aktører i underentreprise.

Disse forslag stemmer ikke umiddelbart overens med EU's holdning til at undgå reservation af markeder. Ovenstående må herefter opsummeres til, at en ændring af Udbudsdirektivet både er en nødvendighed for at opnå 2020 strategiens mål, men samtidig også er til gavn både for både de økonomiske aktører samt den ordregivende myndighed. Ønsket om en ændring af Udbudsdirektivet vedrørende dette område bekræftes også af diverse danske høringssvar til Direktivforslaget, idet der ønskes en obligatorisk opdeling i delkontrakter.⁴¹³

7.2 Direktivforslaget

Kommissionen advarer i præamblen til Direktivforslaget mod tendensen til centralisering af offentlige indkøb, hvilket også i høj grad er tilfældet i Danmark gennem SKI samt ved sammenlægninger af offentlige instanser.⁴¹⁴ Centraliseringen kan ifølge Kommissionen skabe hemmelige aftaler, hindre høj gennemsigtighed og sidst men ikke mindst påvirke SMV'ernes mulighed for adgang til markedet.

Problematikken søges løst ved at indsætte en ny bestemmelse i Direktivforslaget, hvorved samtlige offentlige kontrakter skal opdeles i delkontrakter, således at en effektiv konkurrence opretholdes.⁴¹⁵

7.2.1. Direktivforslagets art. 44

Ifølge Direktivforslaget vil en opdeling af diverse udbudskontrakter i delkontrakter fremover være udgangspunktet for kontrakter, hvis værdi er minimum 500.000 EUR og samtidig opfylder tærskelværdien, således indkøbene er omfattet af EU-udbud. Dette fremgår henholdsvis af Direktivforslagets art. 44 og art. 4:

Art. 44; *"For kontrakter med en værdi, der svarer til eller er højere end tærsklerne i art. 4, men ikke mindre end 500 000 EUR, fastlagt i overensstemmelse med artikel 5, skal, den ordregivende myndighed, hvis den finder det uhensigtsmæssigt at opdele kontrakten i delkontrakter, i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud afgive en forklaring af grundene herfor."*⁴¹⁶

⁴¹³ Høringssvar til det Direktivforslaget: Bilag 13: *Dansk Erhvervs høringssvar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet)*, KOM(2011) 896, s. 6 samt Bilag 14: *AC's høringssvar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet)*, KOM(2011) 896, s. 3

⁴¹⁴ Direktivforslaget, præamblen nr. 20

⁴¹⁵ Påstand om at konkurrencen fremmes ved kontraktuddeling tilgås bl.a. af Erhvervsudvalget, jf. Bilag 2, s. 5 og Folketinget i Bilag 6, s. 5; samt af håndværksrådet, jf. Rosenmejer, J. mfl. (2011)

⁴¹⁶ Direktivforslagets art. 44 stk. 1, 2. punktum. – Henvisningen til art. 5, er en henvisning til, hvorledes kontraktens værdi skal beregnes, jf. også hovedafsnit 5 – Udvælgelseskriterier – Økonomisk formåen

Art. 4: "Dette direktiv gælder for indkøb, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskelværdier: a) 5.000.000 EUR for offentlige bygge- og anlægskontrakter. b) 130.000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der indgås af statelige myndigheder... c) 200.000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der indgås af myndigheder på lavere niveau... d) 500.000 EUR for offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser..."⁴¹⁷

Af Direktivforslagets art. 44 fremgår det, at følgende er udgangspunktet; for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter kan situationen således være, at tærskelværdien enten er lavere end eller sammenfaldende med kravet om en kontraktværdi på 500.000 EUR, hvorfor nogle af disse indkøb kan foretages uden iagttagelse af art. 44. Kun for offentlige bygge- og anlægskontrakter vil kravet om delkontrakter først være opfyldt for kontrakter, som ligger over 5.000.000 EUR, da Direktivforslaget først finder anvendelse ved kontrakter af denne størrelse. Dette betyder, at enhver bygge- og anlægskontrakt vil falde under art. 44's anvendelsesområde, og hermed skal samtlige af disse kontrakter fremover opdeles.

Ydermere fremgår det af art. 44, stk. 4, at de ordregivende myndigheder kan kræve, at alle de udvalgte økonomiske aktører af delkontrakter skal koordinere deres aktivitet under ledelse af den økonomiske aktør, som har få tildelt hovedkontrakten.

Hermed tager Direktivforslaget udgangspunkt i de tidligere benævnte praksis, som foreligger i henholdsvis Irland og Frankrig, ved, at opdeling af kontrakten er udgangspunktet, ligesom koordineringen mellem de udvalgte aktører sker uden den ordregivende myndigheds deltagelse.⁴¹⁸ Opdelingen kan enten ske homogent eller heterogent, hvilket indikerer, at opdelingen ikke skal være bestemt af ensartethed i fagentrepriser, men opdelingen afgøres af de ordregivende myndigheder.⁴¹⁹ De ordregivende myndigheder har ydermere eneret på fastlæggelse af antallet af delkontrakter, som en økonomiske aktør kan byde på, samt hvor mange kontrakter en aktør kan tildeles jf. art. 44, stk. 2.⁴²⁰

7.2.2 Fastlæggelse af anvendelsesområdet

En opdeling af kontrakterne er efter art. 44 udgangspunktet. Af ovenstående fremgår det dog, at de ordregivende myndigheder kan undgå en opdeling, hvis de finder det *uhensigtsmæssigt*. Formuleringen *uhensigtsmæssigt* konkretiseres ikke yderligere, og er ikke et gængsbenyttet ord i nugældende Udbudsdirektiv. Udtrykket må derved betragtes som et vagt og uklart udtryk,⁴²¹ der kræver fortolkning og prøvelse ved Klagenævnet eller domstolene for klart at få defineret dets anvendelsesområde.

Det må formodes, at *bare* små foranstaltninger ved udarbejdelse af delkontrakter sandsynligvis kan betragtes som uhensigtsmæssigt, og herved opfylde krav til undtagelse, hvorfor hovedreglen særdeles let kan omgås. Kommissionen benytter udtrykkene *opfordret* og *tilskyndes*, til forklaring jf. nedenstående citater, hvilket bekræfter, at udtrykket *uhensigtsmæssigt* ikke her et indholds-

⁴¹⁷ Direktivforslagets art. 4

⁴¹⁸ Afsnit 7.1.1 – Behovet for ændringer

⁴¹⁹ Direktivforslagets art 44, stk. 1

⁴²⁰ Ibid., betragtning i præambelens nr. 30.

⁴²¹ Dette er forfatterens egen kritiske opfattelse, hvilket understøttes af efterfølgende forklaring

mæssigt fundament. Således omfavner art. 44 egentlig ikke et afgrænset specifikt anvendelsesområde. Konstateringen kan bekræftes ud fra følgende to citater fra Kommissionen:

"De ordregivende myndigheder vil blive opfordret til at opdele offentlige kontrakter..."⁴²² [...] "... de ordregivende myndigheder tilskyndes til at opdele kontrakter i delkontrakter..."⁴²³

De ordregivende myndigheder vil med alt sandsynlighed opleve tidsmæssige og økonomiske omkostninger ved opdeling kontrakten. Dette kan begrundes med, at en opdeling formentlig vil besværliggøre udbudsprocessen for de ordregivende myndigheder, da de skal være beredt til indgå aftaler med flere forskellige leverandører for endeligt at samle afskaffelserne til en samlet ydelse eller et samlet indkøb. Derudover kan evalueringen af tilbuddene være vanskelig på et objektivt grundlag, da de mange bud på delkontrakter kan være præget af prisnedslag fra de forskellige underentreprenører, og kan indeholde alle tænkelige kombinationer af mindre delkontrakter, selvom disse mindre delkontrakter muligvis ikke skal udvælges efter kriterier. Herved vil en opdeling af en kontrakt altid være mere uhensigtsmæssigt for den ordregivende myndighed set ud fra en økonomisk og tidsmæssigt betragtning. Hvorvidt denne påstand om, at en kontraktopdeling kan føre til henholdsvis bedre og billigere samt mere innovative løsninger kan ikke udelukkes, hvorfor opdeling af kontrakten må betragtes som hensigtsmæssigt. Dog er det en meget usikker påstand, da en opdeling af en hovedentreprise også modsætningsvis kan fordyre den samlede opgave.

Det må derfor fastholdes, at begrebet *uhensigtsmæssigt* er et formålsløst ordvalg, hvilket betyder, at den ordregivende myndighed, jf. ovenstående vurdering, formentlig kan undgå kontraktopdeling. Kommissionen har derfor ikke opfyldt deres mål vedrørende bedre adgang for SMV'erne inden for dette specifikke afgrænsede område. Bestemmelsens ordlyd har den konsekvens, at det alene er de ordregivende myndigheder, som fuldt ud bestemmer, hvorvidt der skal ske en opdeling af kontrakten, og i hvor stor grad dette skal ske, frem for at de lovgivningsmæssigt bliver tvunget til opdeling. Dette vil blive retsgrundlaget indtil, at forholdet bliver yderligere fastlagt gennem fortolkning ved domstolene eller ved Klagenævnet.

Skepsissen bekræftes af tidligere VK-regering i deres hørings svar til Grønbogen,⁴²⁴ hvor de tydeliggøre, at EU's udbudsregler skal forenkles mest muligt og være fleksible, således der ikke skal indføres regler, der favoriserer SMV'erne. Herved kan medlemslandene nationalt indføre tiltag, som påvirker SMV'erne. DI og Dansk erhverv støtter begge intentionen med ark. 44, men kan ikke støtte direktivforslags art. 44 ordlyd, grundet at den ordregivende myndighed gennem en forklaring kan komme ud af reglen.⁴²⁵ Dansk Erhverv uddyber med, at reglen bør udformes som en generel obligatorisk forpligtelse.⁴²⁶

Ydermere fremgår det af art. 44, at tildelingen af en delkontrakt skal ske ud fra objektive og ikke diskriminerende kriterier, der forinden er bekendtgjort i udbudsmaterialet. Dette kan betyde, at

⁴²² Direktivforslagets begrundelse s. 11

⁴²³ Ibid., betragtning i præamblen nr. 30

⁴²⁴ Bilag 12, s.17-18,

⁴²⁵ Bilag 15: *DI's hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet)*, KOM(2011) 896, s. 6 og Bilag 13, s. 6

⁴²⁶ Bilag 13, s. 6

der ikke foreligger nogen garanti for, at delkontrakterne tilkommer SMV'erne. Dog har de ordregivende myndigheder stadig mulighed for at undlade at fastlægge kriterier for de mindre delkontrakter, som opfylder kravene herfor, jf. nugældende art. 9, stk. 5, hvilket ligeledes fremgår af Direktivforslagets art. 5, stk. 9.⁴²⁷ Herved fastholdes den frihed for de ordregivende myndigheder til at kontrahere med deres favoriserede leverandører for mindre delkontrakter.

7.2.3 Delkonklusion

Ud fra ovenstående kan det udledes, at det er vanskeligt at forestille sig, at den nuværende udformning af art. 44 i Direktivforslaget har den ønskede effekt, eftersom fravigelse af kontraktopdelingen kan ske på et så uproblematisk grundlag, at det er næsten sammenfaldende med nugældende retstilstand. Reelt set er det kun bevisbyrden, som har vendt sig, således de ordregivende myndigheder skal begrunde deres fravalg af kontraktopdeling. Der forligger derfor ikke en reel skærpelse af bestemmelsen sammenlignet med nugældende retsgrundlag, dog omfatter bestemmelsen alle former for kontrakter. Kritisk set vil konsekvensen af art. 44 kun være, at udbuddet fordyres, da de ordregivende myndigheder i fremtiden skal bruge tid og ressource på, at begrunde sit fravalg. Dette vil kun påvirke statskassen ugunstigt. Modsætningsvis kan art. 44 ved dens optræden i et kommende nyt direktiv muligvis medføre en større opmærksomhed på muligheden for opdeling, og dermed vil flere ordregivende myndigheder benytte sig af dette.

Det kan kun anbefales, at det endelige direktiv konkretiserer bestemmelsens ordlyd, således anvendelsesområdet opnår et reelt indhold, hvorfor det kun vil være i særlige situationer, en opdeling af kontrakten vil kunne undgås. Forbliver ordlyden uændret, må de berørte parter afvente fortolkning fra EU-domstolen eller de nationale klagenævn. Om disse instanser vil formålsfortolke bestemmelsen, således bestemmelsen opnår et reelt indhold og lever op til Kommissionens hensigt, vides ikke.

⁴²⁷ Ordlyden samt opsætningen af bestemmelsen er ikke fuldstændig lig med tidligere bestemmelse, men er indholdsmæssigt sammenfaldende.

8. DISKUSSION

Følgende afsnit har til hensigt at sammenfatte analyserne i Specialet ved at diskutere de pågældende problemstillinger SMV'erne står overfor i forbindelse med offentlige EU-udbud. Problemstillingerne har taget udgangspunkt i de initiativer Kommissionen har foretaget for at komme SMV-problematikken i møde. Det skal tydeliggøres, at dette diskussionsafsnit er præget af forfatterens ræsonnement, og har til formål at anskue SMV-problematikken fra nye sider.

Reservering af markeder i forhold til de udbudsretlige principper:

Kommissionen fastslår, at EU ikke er fortalende for at reservere markeder til bestemte typer af virksomheder.⁴²⁸ Dette er også helt i overensstemmelse med EU's grundlæggende princip om ligebehandling.⁴²⁹ Alligevel prøver Kommissionen med ovenstående løsningsforslag at eliminere nogle af de barrierer, som SMV'erne oplever i forhold til EU-udbud uden at begrænse ligebehandlingsprincippet formål, hvorfor flere af disse løsningsforslag er endt med at fremstå mere forvirrende, besværlige og fyldt med undtagelser. Dette udmunder hovedsageligt i, at løsningsforslagene alligevel ikke begunstiger SMV'erne tilstrækkeligt, og ved en udelukkende ordlydsfortolkning kan SMV'ernes adgang til EU-udbud forværres.

Det skal tydeligt fastslås, at Direktivforslaget i henhold til en objektiv fortolkning af dennes ordlyd, ikke formår at leve op til de bagvedliggende formål. Hvorledes dette skyldes dårlig juridisk formulering fra lovgivers side, eller hvorvidt dette er en indikation på, at det er en umulighed at imødekomme modstridende hensyn, er uvist. Det må dog formodes, at det sidst nævnte er tilfældet. Dette er udtryk for, at det ikke er muligt at fjerne samtlige af de barrierer, SMV'erne står overfor, samtidig med at opretholde et frit tilgængeligt marked med høj prioritet af gennemsigtighed og ligebehandling.

Selvom hensigten med tiltagene er yderst velment, har Specialets mange delkonklusioner bevist, at det tilnærmelsesvis er umuligt at forene modstridende hensyn inden for EU-udbudsretten. Her kan eksempelvis nævnes med udgangspunkt i ovenstående fire analyseafsnit:

- Lempe kravene til dokumentation samtidig med at princippet om gennemsigtighed varetages.
- Begrænse kravene til økonomisk formåen samtidig med at opnå en ressourcestærk og kompetent kontraktpart.
- Øget adgang til dialog og forhandling samtidig med at de særlige udbudsformer forbliver undtagelsesprocedure grundet i forhandlingsforbuddet.
- Krav om tildeling af delkontrakter samtidig med at EU ikke er fortalende for at reservere markeder grundet i ligebehandlingsprincippet.

Udbudsreglerne er i mange tilfælde udformet således, at de ikke tilgodeser én bestemt virksomhedstype, hvilket på sin vis er foreneligt med ligebehandlingsprincippet. Det betyder dog, at nogle virksomheder, såsom SMV'er bliver ringere stillet i kampen om de offentlige kontrakter. Dog an-

⁴²⁸ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, s. 29

⁴²⁹ TEUF art. 10 samt Udbudsdirektivets art. 2, samt betragtningen i Direktivforslagets præambel nr. 1

skuet på anden vis kan udbudsreglerne også betragtes som værende i strid med ligebehandlingsprincippet, når der netop ikke tages hensyn til, at forskellige virksomheder har forskellige vilkår. Dette kan også begrundes i, at ligebehandlingsprincippet ved bred fortolkning rummer, at det *lige* skal behandles lige, og det *forskellige* forskelligt.⁴³⁰ Dermed kan der modsætningsvis argumenteres for, at princippet ikke giver hjemmel til at behandle store og små virksomheder ens, fordi nogle forskellige virksomhedstyper herved behandles ens. Indirekte udmunder dette i dog en skævvridning ved tildeling af offentlig kontrakter, idet udbudsreglernes udformning medfører, at kun få kontrakter tilfalder SMV'erne på trods af den andel de faktisk udgør af selskabsstrukturen i det indre marked.⁴³¹

Ud fra denne betragtning kan det være fordelagtigt at give SMV'erne særbehandling, såfremt Kommissionen ønsker at opnå målene i 2020-strategien om vækst og innovation. Dette forbliver dog kun en tanke, da det må fastholdes, at *effektiv konkurrence* i *det indre marked* har været udbudsrettens overordnede princip siden dets spæde start.⁴³² Det er hele udbudsgrundlagets fundament at opnå et offentligt tilgængeligt marked, som ligner det private marked med frie markeds kræfter, da dette alt andet lige vil skabe den bedste konkurrence og dermed give det offentlige mest værdi for pengene. Problemet med frie markeds kræfter er dog, at det ofte er de stærkeste parter som vinder, hvorfor Kommissionen skal gøre op med sig selv, om de vil påvirke de frie markeds kræfter, som på nuværende tidspunkt gennem udbudsreglerne er kunstig skabt inden for EU.

Hvor meget skal SMV'erne hjælpes?

Ovenstående indikerer, at der må foreligge en balancegang mellem at komme SMV-problematikkerne i møde uden at gå på kompromis med de regler og principper, som opretholder et effektivt marked for offentlige kontrakter.

Der foreligger i Udbudsdirektivet allerede flere muligheder, som kan hjælpe SMV'erne, såfremt disse muligheder faktisk bliver benyttet eller benyttet korrekt. Disse forhold vil blive nærmere diskuteret i Specialets perspektivering. Derudover nævner Kodekset gentagne gange initiativer, som kan imødekomme de fleste SMV-problematikker alene gennem frivillige foranstaltninger i medlemsstaterne.

Spørgsmålet er dermed, om den danske stat, i stedet for at forholde sig passivt, skal overveje at foretage en mere offensiv tilgang til offentlige EU-udbud ved enten at tilskynde mere fokus på SMV'erne og/eller ved at anvende de muligheder, som Udbudsdirektivet opstiller for medlemsstaterne til selv at fastlægge nærmere regler. Det vil være en fordel for SMV'erne, såfremt der gennemføres nationale foranstaltninger som sammen med Udbudsdirektivet yderligere tilgodeser SMV'erne. Dette vil blandt andet kunne gøres ved, at de tekniske specifikationer i kontrakten fastsættes i form af funktionelle krav frem for detaljerede tekniske specifikationer. Dette vil åbne muligheden for, at tilbudsgiverne kan komme med innovative løsninger, hvilket alt andet lige være en fordel for de innovative SMV'er. Derudover åbner Udbudsdirektivet op for den mulighed, at de

⁴³⁰ Afsnit 2.5 - Begrebsafklaring

⁴³¹ Afsnit 1.2 – Små og mellemstore virksomheder

⁴³² Se blandt andet, TEUF art. 26 samt TEUF art. 101-109 samt KOM(1996) 583, s. 1 f.

økonomiske aktører kan afgive et alternativt tilbud, ligesom de ordregivende myndigheder kan overveje at anvende referencelister, hvis det ved nærmere undersøgelse har en positiv effekt på SMV'erne.⁴³³ Disse forhold kan iagttages, såfremt de ordregivende myndigheder øger fokus herpå. Kommissionen kunne i så fald overveje at imødekomme mange af de problematikker SMV'erne står over for, ved positivt at opfordre medlemsstaterne til at foretage yderligere foranstaltninger. Dette kunne omfatte, at medlemsstaterne tager initiativ til at oplyse offentlige myndigheder om SMV'ernes barrierer fx gennem vejledninger. Derudover kan medlemsstaterne tilrettelægge konferencer og kursusforløb for både de ordregivende myndigheder og SMV'erne samt udvikle ad hoc rådgivning særligt til SMV'erne.⁴³⁴ Dermed kræver det ikke yderligere lovgivningsmæssige foranstaltninger, hvilket kun vil harmonere med Kommissionens mål om at forenkle udbudsreglerne i henhold til Direktivforslaget.⁴³⁵

I lyset af ovenstående diskussion må det fastslås, at det ikke kan lade sig gøre at forbedre forholdene for SMV'erne gennem lovgivning alene. Det skal tilskyndes, at de ordregivende myndigheder selv er opmærksomme på SMV'ernes problemer, såfremt EU ønsker at opnå deres mål om et mere SMV-venligt marked.

⁴³³ Dele af disse forhold, bliver omtalt yderligere i afsnit 10. – Perspektivering.

⁴³⁴ Dette er et uddrag af tiltag som fremgår af Kodekset, SEK(2008) 2193 af 25. juni 2008

⁴³⁵ Direktivforslagets indledende begrundelse s. 2

9. KONKLUSION

Modernisering og forbedring af Udbudsdirektivet for offentlige indkøb kommer på et tiltrængt tidspunkt. Lovgiver i EU presses både af udefrakommende faktorer, afledt af den økonomiske og finansielle krise, samt fra den interne kritik fra medlemsstaterne. EU har vedtaget en omfattende vækststrategi, nemlig 2020-strategien, som har fokus på at forstærke vækst, innovation og beskæftigelse inden for EU. Dette kommer til udtryk i EU-udbudsretten, hvor der er fremlagt et forslag, som skal forenkle og præcisere udbudsreglerne, så disse harmonerer med og imødekommer nutidens udfordringer. Herved ønskes udbudsreglerne revideret for at opnå mere innovation samt en mere konkurrencedygtig økonomi, blandt andet med det formål at lette adgangen for SMV'erne. Ved at forbedre de udbudsretlige rammevilkår for SMV'erne, som udgør størstedelen af den samlede virksomhedsstruktur i EU, vil det latente potentiale hos SMV'erne bedre kunne udnyttes. Når flere aktører kan komme i betragtning ved tildeling af offentlige kontrakter, skabes der bedre og mere konkurrencedygtige tilbud til gavn for medlemsstaternes trængte offentlige midler. Herudover presses tilbuddene til at være innovative og nyskabende.

Med forslag til Europaparlamentet og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 af 20. december 2011 forsøges ovenstående mål om at lette adgangen for SMV'erne nået. Målene søges nået med respekt for, at der fortsat skal foreligge en afvejning mellem fleksibilitet ved kontraktindgåelse og EU's interesse i et regelbundet område for offentlige EU-udbud, for at opretholde et effektivt marked for offentlige kontrakter. Direktivforslaget indeholder forskellige tiltag samt ændringer af nugældende ret, som er udarbejdet med henblik på at forbedre SMV'ernes adgang til offentlige indkøb. Disse tiltag udspringer af flere forskellige steder i udbudsprocessen og har forskellig gennemslagskraft i forhold til, i hvor stor grad disse mindsker SMV'ernes barrierer til offentlige indkøb.

I det større perspektiv kan det klart konkluderes, at Direktivforslaget ikke formår at lette adgangen for SMV'erne tilstrækkeligt, hvorfor de bagvedliggende formål for de enkelte bestemmelser heller ikke kommer til sin ret. Dette skyldes både Direktivforslagets udformning, samt at antallet af barrierer formentlig i hvert enkelt tilfælde vil føre til, at en lempelse på ét område ikke afskærer barriere på andre områder, hvorfor SMV'erne stadig udelukkes eller begrænses i deres muligheder.

Direktivforslaget har på nogle områder bevirket, at SMV'erne fremover vil opleve færre barrierer. SMV'erne kan afgive tro og love erklæringer på, at de eksempelvis opfylder udvælgelseskriterierne til økonomisk og finansiel samt teknisk og faglig formåen. Dermed skal de først fremlægge yderligere dokumentation senere i udbudsprocessen. Herved opnår SMV'erne en betydelig reduktion af den administrative samt ressourcemæssige belastning i de indledende faser af udbudsprocessen, da indhentningen og udarbejdelse af den krævede dokumentation kun skal opfyldes af de prækvalificerede eller den vindende part(er) alt efter udbudsformen. Ydermere vil dokumentation frem-

lagt for én specifikt ordregivende myndighed ikke kunne kræves fremlagt for samme myndighed i en fire års periode, såfremt tilbudsgiveren i denne periode afgiver tilbud med tilsvarende dokumentationskrav. Denne fordel vil kun forøges i takt med centralisering af udbud. Endeligt vil et europæisk indkøbspas lette bevisbyrden for krav til dokumentation af de personlige forhold.

Endvidere er de ordregivende myndigheders muligheder blevet begrænset til at anvende de udvælgelseskriterier, som udtømmende er oplistet, ligesom kriterierne er underlagt en skærpet proportionalitetsbetragtning. Desuden er der indsat loft over, hvad der som maksimum må kræves i årsomsætning af den økonomiske aktør. Dette tilgodeser SMV'erne, som samtidig kan drage yderligere gavn af denne bestemmelse ved, at basere deres økonomiske formåen på andre økonomiske aktører. I sådanne tilfælde kan der dog kræves, at aktørerne hæfter solidarisk, hvilket må forventes at belaste muligheden for et eventuelt samarbejde, hvorfor denne mulighed er mindre attraktiv for SMV'erne.

Der er i Direktivforslaget sket en markant ændring af konkurrencepræget dialog, idet der nu er fem betingelser, hvoraf kun én af disse skal være opfyldt, før denne udbudsprocedure kan anvendes. En af disse betingelser vedrører bygge- og anlægsarbejder, og opfyldes alene ved at kontrakten både skal indeholde projektering og udførsel. I disse tilfælde vil de ordregivende myndigheder kunne anvende konkurrencepræget dialog, som kan være til gavn for innovative SMV'er på grund af procedurens forhandlingsmuligheder. På trods af, at bygge- og anlægskontrakter ofte er værdimæssigt tunge, kan denne mulighed stadig være en fordel for SMV'erne. Disse kontrakter skal ifølge Direktivforslaget fremover opdeles, hvilket som udgangspunkt vil gavne SMV'erne, da disse herved vil have nemmere ved at byde på dele af kontrakten. Direktivforslaget hjemler krav om kontraktdeling for alle typer af kontrakter over en vis værdi og derved ikke kun koncessionskontrakter, som det er tilfældet i Udbudsdirektivet.

Umiddelbart fremstår de af Direktivforslagets nævnte bestemmelser som en forbedring af SMV'ernes adgang til offentlige EU-udbud. Dog vil ovenstående gunstige direktivændringer helt eller delvis miste deres betydning, idet Udbudsdirektivet er fyldt med forbehold som udvander reglernes substans samt undtagelser, der kan medvirke til, at hovedreglerne kan fraviges uden de større besværligheder.

I forhold til den administrative byrde kan de tekniske specifikationer til enhver tid kræves fremlagt, da en tro og love erklæring ikke kan rumme disse dokumentationskrav. Disse kan fraviges ved fremvisning af anden dokumentation, hvis tilbudsgiveren er indforstået med at løbe den procesrisiko, der ligger herved. Det antages at omfanget af de tekniske specifikationer ofte vil være af betydelig størrelse, hvorfor der stadig vil være en større dokumentationsbyrde. Desuden kan den bagvedliggende dokumentation for en tro og love erklæring til enhver tid kræves forlagt, hvis den ordregivende myndighed kan påvise, at dette er nødvendigt. Det kan alligevel konkluderes, at den

administrative byrde er den, af de belyste områder, som reelt eliminerer størstedelen af de barrierer som ønskes elimineret i henhold til bestemmelsens formål.

I forhold til udvælgelseskriterierne for økonomisk formåen kan det konkluderes, at formålet med ændringerne på dette område er hensigtsmæssige. Dog udvandes store dele af ændringsforslagene, hvorfor kun hensigten med en udtømmende liste over krav forbliver en reel lempelse for SMV'erne. Det kan konkluderes, at loftet for årsomsætning ikke lever op til en proportionalitetsbetragtning, hvorfor SMV'erne fortsat vil opleve, at de ikke kan opfylde de fastsatte årsomsætningskrav. Formentlig vil den skærpede proportionalitetsbetragtning i Direktivforslaget begrænse denne fastsættelse, men kan sandsynligvis ikke indskærpe et niveau for årsomsætning, hvor SMV'erne altid kan opfylde kravet. Hvorvidt proportionaliteten kan imødekomme SMV-problematikken på dette område, kan være uden relevans, såfremt der forekommer prækvalificering. De ordregivende myndigheder kan ud fra den praksis, der foreligger på området, anvende andre specifikke udvælgelseskriterier i prækvalifikationen, som kan afskære SMV'erne for den videre deltagelse.

Eftersom innovationspartnerskab, konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling nu har samme betingelser for anvendelse, er det forventeligt, at konkurrencepræget dialog mister sit indhold, da innovative løsninger fremover vil søges gennem innovationspartnerskab. Derudover må det formodes, at de ordregivende myndigheder vil vælge denne procedure frem for konkurrencepræget dialog, idet den tilbyder yderligere mulighed for forhandling. Ydermere vil fravalg af konkurrencepræget dialog og tilvalg af de to andre særlige procedurereformer bevirke længere procesforløb for de prækvalificerede, hvilket vil være forbundet med yderligere ressourcebelastning, som kan stille SMV'erne dårligere i forhold til ressourcestærke tilbudsgivere.

Revideringen af anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog er udtryk for et klart mål fra Kommissionens side om at åbne op for anvendelsesområdet, således flere ordregivende myndigheder vil kunne benytte denne procedurereform. Det må konkluderes, at dette formål bestemt ikke er opfyldt ud fra de fem kriteriers ordlyd, da betingelserne, med undtagelse af bygge- anlægskontrakter vedrørende projektering og udførelse, er blevet skærpet ud fra en ordlydsfortolkning. Formentlig vil hensigten med revideringen af anvendelsesområdet nemmere kunne opfyldes, såfremt Klagenævnet eller domstolene vælger at formålsfortolke betingelserne. Om dette vil åbne mere op for anvendelsesområdet, set i forhold til i dag, er dog usikkert. Denne usikkerhed udmunder i fortsat procesrisiko for de ordregivende myndigheder, hvorfor de kan føle sig begrænset til at vælge de almindelige udbudsformer, hvilket i sidste ende vil afskære innovative SMV'ers adgang til de offentlige kontrakter.

Det er vanskeligt at forestille sig, at kontraktuddeling fuldt ud vil opnå den ønskede effekt, eftersom en fravigelse af hovedreglen, på grund af bestemmelsens ordlyd, kan ske på et så uproblematisk et grundlag. Herved kan det risikeres, at bestemmelsen kun resultere i en administrativ byrde for de

ordregivende myndigheder, idet de skal begrunde deres fravalg af kontraktudvalgte. Dette vil besværliggøre processen uden at sikre SMV'erne øget adgang til de offentlige kontrakter.

Der påhviler Klagenævnet et stort arbejde, i det en ordlydsfortolkning af bestemmelserne i Direktivforslaget ikke alene kan medføre mere åbenhed. Det er dermed op til henholdsvis Klagenævnet og domstolene at fortolke de nye bestemmelser i henhold til deres formål, før bestemmelserne får den tilsigtede virkning, således SMV'ernes adgang lettes.

Det kan være svært, tilnærmelsesvis næsten en umulig opgave, at opnå bedre adgang for SMV'erne indenfor de lovgivningsmæssige rammer uden at gå på kompromis med de udbudsretlige principper. Før bestemmelserne kan opnå deres formål, kan det være nødvendigt, at de ordregivende myndigheder eller medlemsstaterne bidrager på egen hånd og tager ansvar for at imødekomme SMV'erne. Det kan således endeligt konkluderes, at lovgiverne i EU ikke har været konsekvente i forhold til de tiltag, som er fremkommet ved revideringen af Udbudsdirektivet. Det har den betydning, at det formål, for hvilken bestemmelserne er indsat med, ikke er blevet opfyldt tilstrækkeligt, hvilket i sidste ende betyder, at SMV'ernes adgang til offentlig EU-udbudte kontrakter ikke lettes tilstrækkeligt.

10. PERSPEKTIVERING

Som anført indledningsvist og ligeledes i diskussionen har Specialet ikke taget udgangspunkt i samtlige af de forhold, som henholdsvis begrænser eller kommer SMV'erne i møde. Følgende afsnit skal derfor skabe en forståelse for andre forhold, som også kan have indvirkning på SMV'ernes adgang til de offentligt EU-udbudte kontrakter. Ens for disse forhold er, at de allerede er muligheder, som er hjemlet i Udbudsdirektivet, og ligeledes er videreført i Direktivforslaget. Dermed skal det fastslås, at der allerede findes bestemmelser, som, hvis de anvendes eller anvendes korrekt, kan være med til at lette SMV'ernes adgang.

Innovative løsninger gennem funktionsudbud og alternative tilbud

Som anført i diskussionen har de ordregivende myndigheder selv mulighed for at foretage nogle valg, som kan have en positiv effekt på SMV'ernes adgang til offentlige EU-udbud. I Udbudsdirektivets art. 23, som omtalt i hovedafsnit 4, har de ordregivende myndigheder i vidt omfang mulighed for at fastlægge kontraktgenstanden. Der foreligger høj grad af frihed for de ordregivende myndigheder, når anskaffelsen skal gennemføres, herunder om der lægges vægt på pris eller kvalitet samt om andre hensyn, såsom sociale og miljømæssige hensyn, ligeledes ønskes varetaget. Graden af friheden skal dog ske med respekt for de grundlæggende principper om lighed og gennemsigtighed. De ordregivende myndigheder har samme mulighed i Direktivforslaget, jf. art. 40. Efter disse bestemmelser har de ordregivende myndigheder mulighed for at imødekomme SMV-problematikken ved i større grad at anvende de såkaldte *funktionsudbud*.⁴³⁶ Det betyder, at de ordregivende myndigheder beskriver den funktion, de ønsker deres anskaffelse skal have, frem for at specificere de tekniske krav, når de skal fastlægge kontraktgenstanden. Såfremt denne mulighed anvendes vil det alt andet lige åbne op for, at innovative løsninger kan tages i betragtning, og dermed kan innovative SMV'er opnå større mulighed for vinde en kontrakt.

Derudover har de ordregivende myndigheder også mulighed for at åbne op for innovative løsninger ved at give de økonomiske aktører mulighed for at afgive et alternativt tilbud. Det er dog ikke tilladt, at komme med alternative tilbud, såfremt det ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen. Denne mulighed skal derfor anses som en sekundær løsning, idet det kræves, at SMV'erne kan opfylde de mindstekrav der bliver stillet i udbudsgrundlaget. Muligheden for at give alternative tilbud fremgår af Udbudsdirektivets art. 24, som ligeledes er blevet videreført i Direktivforslaget, jf. art. 43.

Tildeling af underentrepriser

SMV'erne har også mulighed for at få del i de offentlige kontrakter, såfremt de får tildelt underentrepriser, som omtalt i hovedafsnit 7. Forholdet blev blandt andet diskuteret i Grønbogen.⁴³⁷ Her blev det fastslået, at EU ikke er fortalende for at reservere markeder. Det er endvidere ikke muligt at kræve, at de ordregivende myndigheder skal give dele af kontrakten i underentreprise, som det er tilfældet med delkontrakter. Der er dog i Direktivforslaget mulighed for, at medlemsstaterne kan

⁴³⁶ Udbudsdirektivets art. 23, stk. 3, litra b samt Direktivforslagets art. 40, stk. 3, litra a. Der kan efter disse bestemmelser stilles krav om funktionsdygtighed og funktionelle krav, når kontraktgenstanden skal specificeres.

⁴³⁷ KOM(2011) 15, af 27. januar 2011, s. 29 f.

kræve, at der skal ske betaling direkte underleverandøren, hvilket likviditetsmæssigt kan have stor betydning for SMV'erne.⁴³⁸ Selvom det ikke kan kræves, at der tildeles underleverancer, tilskynder Kommissionen de ordregivende myndigheder til at gøre deres bedste for at forbedre SMV'ernes adgang og have dem i tankerne ved tildeling af underleverancer.⁴³⁹

SMV'ernes deltagelse i konsortier

Sidst, men ikke mindst, er det en mulighed for SMV'erne at deltage i konsortier. Dette vil først og fremmest give dem et bedre grundlag at afgive tilbud på, idet der vil være langt større ressourcer at trække på. Derudover vil omkostningerne forbundet med at afgive tilbud blive fordelt mellem konsortiets deltagere. Derfor er dette klart en fordel, såfremt SMV'erne i større grad deltager i denne form for sammenslutning. Muligheden fremgår ikke af direktiverne. Det er en mulighed, som de økonomiske aktører selv kan bestemme, hvorvidt de vil benytte sig af. Konsortier har lige så god adgang til at afgive tilbud og afgiver disse på samme grundlag som alle andre aktører.⁴⁴⁰

Konkurrencestyrelsen har for nyligt udsendt en vejledning til små og mellemstore virksomheder i konsortiedannelse.⁴⁴¹ Som de anfører i deres pressemeddelelse hertil, giver et konsortium nye forretningsmuligheder for virksomheder, der ikke selv har mulighed for at levere alle ydelser i et offentligt udbud. Derudover vil flere tilbud fra konsortier skærpe konkurrencen om de offentlige opgaver, og dermed give bedre løsninger til prisen. Muligheden for konsortiedannelse må derfor anses for positivt både i forhold til de ordregivende myndigheder men i særdeleshed også i forhold til SMV'erne og deres adgang til offentlige EU-udbud.

⁴³⁸ Bestemmelsen fremgår af Direktivforslagets art. 71, stk. 2; *"Medlemsstaterne kan bestemme, at den ordregivende myndighed efter anmodning fra underleverandøren, og hvis kontraktens art giver mulighed herfor, overfører forfaldne betalinger direkte til underleverandøren for tjenesteydelser, vareleverancer eller bygge- og anlægsarbejder, som er leveret til eller udført for hovedentreprenøren."*

⁴³⁹ KOM(2011) 15 af 27. januar 2011, (Grønbogen) s. 30.

⁴⁴⁰ Direktivforslagets art. 2, stk. 12 samt Udbudsdirektivets art. 1, stk. 8 og art. 4, stk. 2.

⁴⁴¹ Konkurrencestyrelsen (2012): *Vejledning i konsortiedannelse for små og mellemstore virksomheder*, april 2012, udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i samarbejde med Deloitte og Kammeradvokaten jf. pressemeddelelse af 18. april 2012.

11. LITTERATURLISTE

Traktater

Traktaten om Oprettelse af Europæiske Fællesskab (EF-traktaten). Traktaten trådte i kraft den 1. januar 1958, og er i dag erstattet af TEUF.

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) – Lissabontraktaten.

Direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv **2004/18/EF** af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv **2004/17/EF** af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand, energiforsyning, transport samt post-tjenester. (Forsyningsvirksomhedsdirektivet)

Rådets direktiv **92/50/EØF** af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EF-Tidende: L 209 af 24. 07.1992, s. 1).

Rådets direktiv **89/665/EØF** af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter. (EF-Tidende L 395 af 30.12.1989 s. 33).

Rådets direktiv **77/62/EØF** af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EF-Tidende L 13 af 15.1.1977, s. 1). Direktivet er senest ændret ved direktiv 90/531/EØF (EF-Tidende L 297 af 29.10.1990, s. 1).

Rådets direktiv **71/305/EØF** af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. (EF-Tidende L 185 af 16.8.1971, s. 5.) Direktivet er senest ændret ved direktiv 90/531/EØF (EF-Tidende L 297 af 29.10.1990, s. 1).

Rådets direktiv **71/304/EØF** af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tilde-ling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer eller filialer. (EF- Tidende L 185 af 16.8.1971)

Direktivforslag

KOM(2011) 896 - Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb”, af 20. december 2011.

KOM(2000) 275 - Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, af 30. august 2000.

Love og bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011, om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsbekendtgørelsen)

Lov nr. 492 af 12. maj 2010, om håndhævelse af udbudsreglerne mv. (Håndhævelsesloven)

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007, om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (Tilbudsloven)

Bekendtgørelse nr. 936 af 16. september 2004, om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Grønbøger

KOM(2011) 0015 - Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt marked for offentlige indkøb”, af 27. januar 2011

KOM(1996) 0583 - Grønbog og offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden, af 27. november 1996

Kendelser

Samtlige kendelser er afsagt af Klagenævnet for Udbud:

Kendelse af 1. februar 2012, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune J.nr.: 2011-0023805 (Udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 208-318051 af 22. oktober 2010)

Kendelse af 16. januar 2012, Lettershop Mailservice A/S mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2010-0022715 (Udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 114-173234 af 11. juni 2010)

Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2011-0024199 (Udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 114-173231 af 11. juni 2010)

Kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune. J.nr.: 2010-0021146. (Udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 236-141857 af 4. december 2009)

Kendelse af 27. april 2010, Damm Cellular System A/S mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2007-00013316 (Udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006)

Kendelse af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum. J.nr.: 2009-0019102 (Udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 249-332457 af 19. december 2008)

Kendelse af 14. april 2008, Damm Cellular System A/S mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2007-00013316 (Udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006)

Kendelse af 8. februar 2008, Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune. J.nr.: 2007-0014272 (Udbudsbekendtgørelse af 7. juni 2007)

Kendelse af 8. januar 2008, WAP Wøhr Automatikparksystem GmbH & Co KG mod Ørestadsparken A/S. J.nr.: 2007-0013668 (Udbudsbekendtgørelse af 11. august 2006)

Kendelse af 21. december 2007, Damm Cellular System A/S mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2007-00013316 (Udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006)

Kendelse af 8. december 2006, Nethleas B.V mod Økonomistyrelsen. J.nr.: 2006-0007115 (Udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006)

Udtalelser, meddelelser ol. dokumenter

KOM-Dokumenter

KOM(2011) 78 – Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget - Status vedrørende "Small Business Act" for Europa, af 23. februar 2011

KOM(2010) 546 - Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – "Europa 2020-flagskibsinitiativ: Innovation i EU" af 6. oktober 2010.

KOM(2010) 2020 - Meddelelse fra Kommissionen "Europa 2020 – en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst", af 3. marts 2010

KOM(2008) 394 – Meddelelse fra Kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget - Think small first - A "Small Business Act" for Europe, af 25. juni 2008 (SBA)

KOM(1998) 143 – Meddelelse fra Kommissionen om offentlige indkøb i EU, af 11. marts 1998.

KOM(1990) 166 – Meddelelse fra Kommissionen til Rådet "Fremme af små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige kontrakter i fællesskabet", af 7. maj 1990

SEK-Dokumenter

SEK(2008) 2193 - Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene "Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter", af 25. juni 2008.

SEK(1992) 722 – Meddelelse fra Kommissionen; "SMV's deltagelse i offentlige indkøb i fællesskabet", af 1. juni 1992

Udtalelser mv.

(2009/2175(INI)) European Parliament resolution on new developments in public procurement, of 18 May 2010.

(2003/C 147 E/01) - Rådets Fælles Holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/. . ./EF af . . . om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EF) Nr. 33/2003 Af 20. marts 2003

(2001/C 193/02) - Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter af 10. juli 2001 (C 193/7)

(2001/C 144/08) – Regionudvalgets udtalelse om

- »Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter«, og
- »Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om vand- og energiforsyning samt transport«

Af den 16. maj 2001. (C 144/23)

(1997/C 244/06) - Regionsudvalgets udtalelse om "Grøn bog "Offentlige indkøb i EU – overvejelser for fremtiden" af 11. august 1997

Betænkninger

A5-0378/2001 – Europa parlamentets 1. betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (KOM(2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115(COD)) af den 29. oktober 2001

Andet

(EFT L 111/114) Ministerrådet og Kommissionens Fælleserklæring af 30. april 1994

(EFT nr. C 326 af 03/12/1993 s. 1 – 4) Rådets Resolution af 22. november 1993 om styrkelse af virksomheders konkurrenceevne, navnlig små og mellemstore virksomheder.

Konkurrencestyrelsen 1999 - "*Små og mellemstore virksomheders deltagelse i EU-udbud i udlandet*"

Konkurrencestyrelsen 2012 – "*Vejledning i konsortiedannelse for små og mellemstore virksomheder*", april 2012, udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i samarbejde med Deloitte og Kammeradvokaten jf. pressemeddelelse af 18. april 2012.

Anden litteratur

Bøger

Fabricius, Jesper og Offersen, René: *EU's udbudsregler i praksis*, 2. udgave (2006), Forlaget Thomson

Fabricius, Jesper: *Offentlige Indkøb i praksis*, 1. udgave (2010), Thomson Reuters

Poulsen, Sune Troels og Stig Jakobsen, Peter, mfl.: *EU Udbudsretten*, 2. udgave (2011), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise: *EU's udbudsdirektiver, med kommentar*, 2. udgave (2008), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Artikler

Brown, Adrian: *The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you Know?*, Public Procurement Law Review, Sweet & Maxwell, (2004), nr. 4.

Offersen, Rene: *Konkurrencepræget dialog ved indgåelse af særligt komplekse IT-kontrakter*, ET 2009.0325.01 (2009)

Peytz, Henrik og Schmidt, Helene Bang: *De nye udbudsdirektiver*, RR 2004.09.0032 (2004)

Poulsen, Sune Troels og Hjelmberg, Simon Evers: *Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?*, UFR D 2007.34 (2007)

Treumer, Steen: *Competitive Dialogue*, Public Procurement Law Review, Sweet & Maxwell (2004), nr. 4.

Rosenmejer, Jeppe og Faurby, Frederik: *EU styrker små virksomheders adgang til offentlige opgaver*. (2011) Lagt på Håndværksrådets hjemmeside: 23. december 2011

Anvendt litteratur

Følgende, er litteratur som er benyttet til at skabe en forståelse for emneområdet, uden direkte anvendelse i Specialet.

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*, 1. udgave (2011), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Frank, Morten og Høg, Thorkil: *Håndhævelsesloven – med kommentar*, 1. udgave (2011), Karnov Group

Kaltoft, Jesper og Pedersen, Claus Kaare: *Tilbudsloven – offentlige kontrakter*, 2. udgave (2008), Thomson Reuters

Nielsen Ruth: *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. udgave (2010), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Nielsen, Ruth og D. Tvarnø, Christina: *Retskilder og retsteorier*, 3. udgave (2011), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet – i EU's udbudsregler*, 1. udgave (2000), Jurist- og Økonomforbundets forlag

Treumer, Steen og Nielsen, Ruth: *The New EU Puplic Procurement Directives*, 1. Udgave (2005), Jurist- og Økonomforbundets forlag (Djoef)

12. BILAG

Specialets bilag vil fremgå af de følgende sider. Idet bilagene er indsat ved redigering af selve dokumenttyperne, vil der fremkomme forrykninger af understregninger. Dette vil dog ikke have betydning for selve forståelsen eller indholdet af de pågældende dokumenter. Af hensyn til redigering, fremgår bilaget overskrift på en side for sig, hvorefter bilaget vil være at finde på de følgende sider.

Bilagene vil enten fremstå i sin helhed eller som et uddrag. Dette afhænger af bilagets størrelse samt anvendelse i dette speciale. Såfremt der kun er tale om et uddrag af dokumentet, vil dette blive noteret umiddelbart under bilagets overskrift.

Bilag 1: Supplerende høringsnotat af 23. marts 2011, om Europa Kommissionens grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europa udvalget 2011 KOM(2011) 15

Dokumentet er i sin helhed 21 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 samt 13-19



SUPPLERENDE NÆRHEDS- OG
GRUNNOTAT
FOLKETINGETS EUROPAUDVALG

23. marts 2011

Høringsnotat

Supplerende høringsnotat vedrørende Europa-Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – KOM(2011) 15 endelig af 27. januar 2011

Høring

Forslaget har været til høring i EU-specialudvalget for Konkurrenceevne og Vækst. Der er modtaget høringssvar fra Dansk Arbejdsgiverforening, Danske Arkitektvirksomheder, Dansk Byggeri, Dansk Erhverv, DI, Danske Regioner, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Miljømærkning Danmark og Staten og Kommunernes Indkøbs Service.

1. Generelle bemærkninger til revision af udbudsdirektiverne

Dansk Arbejdsgiverforening (DA) finder, at de tre største problemstillinger, Kommissionen skal gøre noget ved, er:

- Regel- og procedureforenkling herunder i udvælgelses- og tildelingsfasen, dog uden at retssikkerheden for tilbudsgiverne forringes.
- Større proportionalitet mellem tilbudsmaterialets omfang og kontraktens genstand, så de omkostninger, som er forbundet med at afgive tilbud, nedbringes – uden at det går på kompromis med ligebehandlingsprincippet mv.
Forbedring af muligheden for at konkurrere på kvalitet i stedet for billigste pris.

DA anfører, at det vil svække det private erhvervsliv og det private erhvervslivs konkurrencekraft i Europa, hvis konkurrencen om offentlige kontrakter ikke reelt er omfattet af almindelig konkurrence på pris og kvalitet. DA stiller sig derfor afvisende overfor, at der kan slækkes på betingelsen om, at ordregivende myndigheders krav til f.eks. miljø eller sociale hensyn skal være knyttet til kontraktens genstand.

DA anfører, at adgang til at stille yderligere sociale krav til leverandørerne vil skade erhvervsudviklingen i Europa, og at det vil gøre offentlige myndigheders og virksomheders drift dyrere og tungere at administrere. DA er ligeledes modstander af, at offentlige virksomheder stiller andre betingelser

er gennemskueligt og hjemlet i rammeaftalen, herunder især indførelse af klare regler, som definerer mulighederne for, hvornår ændringer kan foretages. Sådanne regler kunne eksempelvis tillade foretagelse af ændringer ud fra følgende betragtninger:

- a. Ændringens væsentlighed
- b. Årsagerne til ændringen skal bero på objektivt konstaterbare forhold,
- c. Ændringer må ikke være vilkårlige
- d. Ændringerne må ikke være konkurrenceforvridende.

Spørgsmål 44. Mener De, at ordregivende myndigheder bør have større mulighed for at øve indflydelse på den valgte tilbudsgivers underentreprise? Hvis ja, hvilke instrumenter foreslår De da?
Danske Arkitektvirksomheder anfører, at den ordregivende myndighed ikke bør have større mulighed for at øve indflydelse på den valgte tilbudsgivers underentreprise.

Dansk Erhverv anfører, at de ordregivende myndigheder ikke bør have større mulighed for at øve indflydelse på den valgte tilbudsgivers underentreprise.

Spørgsmål 46. Mener De, at EU's regler om og politik for offentlige indkøb allerede er tilstrækkeligt SMV-venlige? Eller mener De omvendt, at visse af direktivets regler bør revideres, eller at der bør indføres yderligere foranstaltninger for at fremme SMV'ers deltagelse i offentlige indkøb?
Ifølge Dansk Erhverv udgør udbudsreglerne en byrde for alle virksomheder, men byrden er sværere at løfte for SMV'er. Det er helt afgørende, at alle krav, der utilsigtet diskriminerer SMV'er, systematisk fjernes fra udbudsreglerne.

DI anfører, at alle virksomheder skal have lige adgang til at byde på offentlige opgaver, og at der ikke skal tages særlige hensyn til visse typer virksomheder, herunder SMV'er.

FRI anfører, at der ikke bør gives fordele til SMV'er, da formålet med udbuddet er at få den bedste leverandør til opgaven.

SKI er positive over for og støtter, at EU's regler om offentlige indkøb tager højde for at forbedre adgangen til det offentlige indkøbsmarked for SMV'er. En forenkling af udbudsdirektiverne vil i sig selv utvivlsomt lette de mindre virksomheders adgang til markedet. I forhold til klager fra SMV'er over procedureregler mv., foreslår SKI at lette kravene til offentliggørelsen.

Spørgsmål 49. Vil De tilslutte Dem en løsning, hvor det kun er udvalgte kandidater/den valgte tilbudsgiver, der skal indsende og verificere dokumentation?

Dansk Erhverv støtter forslaget om, at kun udvalgte kandidater skal indsende verifikation.

Spørgsmål 50. Mener De, at egenerklæringer er en hensigtsmæssig måde at lette den administrative byrde på, hvad angår beviser på udvælgelseskriterier, eller er de ikke pålidelige nok til at erstatte attester? Hvor kunne egenerklæringer være nyttige (navnlig i forbindelse med selve virksomheden), og hvor ikke?

FRI støtter egenerklæringer, da de kan spare transaktionsomkostninger og forhindre kassation på grund af for gamle serviceattester mm. Det vil dog være nødvendigt at indføre en regel om at de virksomheder, der ikke vinder udbudet, stadig er bundet af deres tilbud, indtil den vindende virksomhed har dokumenteret sin erklæring.

Spørgsmål 51. Er De enig i, at alt for strenge omsætningskrav som dokumentation for økonomisk formåen er problematisk for SMV'er? Bør EU-lovgivningen indeholde en øvre grænse for at sikre proportionalitet i udvælgelseskriterierne (f.eks.: den maksimale krævede omsætning må ikke overstige et vist multiplum af kontraktværdien)? Vil De foreslå andre instrumenter for at sikre, at udvælgelseskriterierne står i forhold til kontraktens værdi og genstand?

Danske Arkitektvirksomheder anfører, at der ikke bør være strenge omsætningskrav og dokumentation for økonomisk formåen for SMV'er. I stedet bør den ordregivende myndighed sikre, at tilbudsgivere udgør en varieret skare.

Dansk Erhverv er enig i, at strenge omsætningskrav er en barriere for SMV'er, hvor også krav om garanti til den ordregivende myndighed er et tilbagevendende problem.

FRI anfører, at de strenge krav om dokumentation af omsætning og økonomisk formåen er omkostningstunge, og at et krav om proportionalitet vil være berettiget.

Spørgsmål 52. Hvad er fordele og ulemper ved, at medlemsstaterne får mulighed for at tillade eller kræve af deres ordregivende myndigheder, at de forpligter den valgte tilbudsgiver til at give en vis del af hovedkontrakten i underentreprise til tredjeparter?

Danske Arkitektvirksomheder anfører, at det vil være u hensigtsmæssigt at have en regel, der giver medlemsstaten mulighed for at tillade eller kræve af deres ordregivende myndigheder, at de forpligter den valgte tilbudsgiver til at give en vis del af hovedkontrakten i underentreprise til tredjepart. Reglen vil være et stort tilbageskridt for afbureaukratiseringen af udbudsreglerne.

Spørgsmål 53. Er De enig i, at offentlige indkøb kan have en betydelig virkning på markedets struktur, og at indkøbere, hvor det er muligt, bør søge at tilpasse deres indkøbsstrategier for at bekæmpe konkurrencebegrænsende strukturer?

Ifølge Dansk Erhverv bør offentlige myndigheder bekæmpe konkurrenceforvridende strukturer, hvor de kan siges at have indflydelse på markedsudviklingen. Konsekvensen synes særlig stor, hvor den offentlige indkøber ikke er bevidst om sin betydelige position og indflydelse på markedsudviklingen. Dansk Erhverv oplever, at dette hensyn tilsidesættes ud fra et snævert fokus på pris.

Spørgsmål 54. Mener De, at de europæiske regler om og den europæiske politik for offentlige indkøb bør omfatte (valgfrie) instrumenter for at fremme sådanne konkurrencebefordrende indkøbsstrategier?

Hvis ja, hvilke instrumenter foreslår De da?

SKI finder det i forbindelse hermed hensigtsmæssigt at indføre mulighed for i miniudbud at konkurrere på andre vilkår end tid, sted og volumen.

Spørgsmål 56. Mener De, at den gensidige anerkendelse af attester skal forbedres? Vil De støtte oprettelsen af et prækvalifikationssystem for hele Europa?

Ifølge Danske Arkitektvirksomheder er fælles attester eller et fælles prækvalifikationssystem en god idé, især hvis det medfører forenkling af formalitetskravene.

SKI finder, at en mulighed for at etablere kvalifikationslister under vare/tjenesteydelsesdirektivet vil være mere fleksibelt for både centrale indkøbsorganisationer og fællesindkøb foretaget af selvstændige ordregivende myndigheder. SKI anfører, at det vil være nødvendigt at afgrænse de områder, hvor listerne kan anvendes. Endvidere bør varigheden af kvalifikationslisterne tidsbegrænses.

Spørgsmål 63. Er De enig i, at muligheden for at definere tekniske specifikationer som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav bedre vil sætte de ordregivende myndigheder i stand til at opfylde deres politiske behov i forhold til at definere dem som strenge tekniske krav? Hvis det er tilfældet, mener De så, at definitionen af funktionsdygtighed eller funktionelle krav skal være obligatorisk under visse omstændigheder?

Ifølge FRI, er de tekniske specifikationer ressourcerævende og problematiske i praksis. Det vil være en stor hjælp, hvis muligheden for henvisning til fabrikat "eller tilsvarende" blev hovedreglen og ikke undtagelsen.

SKI er enig i, at muligheden for at indarbejde funktionelle krav i de tekniske specifikationer i nogle tilfælde vil sætte de ordregivende myndigheder bedre stand til at opfylde deres politiske mål, end et udbud, hvor ordregiver på forhånd har sat sig fast på en given teknisk løsning.

Spørgsmål 65. Mener De, at nogle af procedurerne i de gældende direktiver (som f.eks. konkurrencepræget dialog, projektkonkurrencer) er særligt hensigtsmæssige, når der skal tages højde for miljø-, social-, adgangs- og innovationspolitikker?

Dansk Erhverv anfører, at udbudsformer som konkurrencepræget dialog og projektkonkurrencer kan være nyttige redskaber til at tage hensyn til innovations- og erhvervspolitiske prioriteter samt til at reducere transaktionsomkostninger for involverede aktører.

FRI anfører, at udbudsformerne konkurrencepræget dialog, udbud med forhandling og projektkonkurrencer alle er med til at fremme miljø-, sociale-, adgangs- og innovationspolitikker.

Spørgsmål 68. Mener De, at politikrelaterede hensyn, som f.eks. miljø-, social- og innovationspolitikker, bedre kunne imødekommes, hvis brugen af udbud efter forhandling efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse blev tilladt som standardprocedure? Eller ville risikoen for forskelsbehandling og konkurrencebegrænsning være for stor?

SKI anfører, at udbud efter forhandling i nogle tilfælde vil gøre det lettere at tage hensyn til andre politikmål. Det gælder særligt på områder, hvor der sker en hurtig udvikling af nye og innovative produkter og løsninger.

Spørgsmål 69. Hvilke nyttige eksempler på tekniske kompetencer eller andre udvælgelseskriterier vil De foreslå med henblik på at styrke opnåelsen af mål, som f.eks. miljøbeskyttelse, fremme af social inddragelse, bedre tilgængelighed for handicappede og styrkelse af innovation?

SKI anfører, at det skal være muligt at stille krav om, at tilbudsgiver og/eller relevante leverandører/produktionssteder i værdikæden har et miljøstyringssystem og kan dokumentere dette.

Spørgsmål 70. Kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud synes at være mest velegnet til opfyldelse af andre politikmål. Mener De, at det for at tage højde for sådanne politikmål ville være mest hensigtsmæssigt at ændre de eksisterende regler (for visse typer kontrakter/visse specifikke sektorer/under visse omstændigheder): Ifølge Dansk Erhverv er kriteriet "økonomisk mest fordelagtigt bud" egnet til at introducere mere langsigtede overvejelser end blot billigste pris. Dansk Erhverv ser gerne, at dette tildelingskriterium blev brugt i højere grad. Kortsigtet pris fylder alt for meget i tildelingskriterier, hvilket giver dårligere løsninger og dårligere samarbejdsrelationer mellem offentlige og private aktører. Dansk Erhverv er derfor positiv overfor at bruge "økonomisk mest fordelagtig" i stedet for "billigste pris". Her vil en begrænset brug af billigste pris være et væsentligt fremskridt.

DI anfører, at udbudsreglerne skal understøtte effektive indkøbsprocedurer, der giver mulighed for at købe bedst og billigst. Offentlige indkøb kan bruges til at fremme andre samfundsmæssige hensyn, men det bør ikke være udgangspunktet. Disse hensyn skal reguleres i anden regi.

Ifølge FRI bør prisen være mindre afgørende for at opnå bedre kvalitet i byggeriet. "Økonomisk mest fordelagtige tilbud" varetager ikke kvaliteten

godt nok, og der burde være et 2-kuvertssystem. FRI anfører, at hvis der kan indføres et tredje tildelingskriterium, bør det være et baseret på "quality based selection", hvilket vil være det bedst egnede tildelingskriterium for vidensrådgivning, idet man først ser på kvaliteten og herefter på prisen. Dette forudsætter dog en udvidelse af muligheden for forhandling. Det ville også være hensigtsmæssigt at medtage livscyklusomkostninger som et delkriterium.

Spørgsmål 70.1.1. kun at afskaffe kriteriet om den laveste pris
SKI anfører, at det ikke er nødvendigt at afskaffe kriteriet om laveste pris for at sikre andre politikmål. Ifølge SKI skal der ikke detailreguleres om, hvilken vægt de ordregivende myndigheder skal tillægge de enkelte delkriterier i et udbud, og at en sådan regel vil være vanskelig at håndhæve i praksis.

Spørgsmål 70.1.2. at begrænse brugen af priskriteriet eller den vægt, de ordregivende myndigheder kan tildele prisen
SKI anfører, at den score, der kan tildeles et kriterium, ikke skal begrænses til et angivet maksimum.

Spørgsmål 71. Mener De, den score, der kan tildeles f.eks. miljømæssige, sociale eller innovative kriterier, under alle omstændigheder skal begrænses til et angivet maksimum, så dette kriterium ikke bliver vigtigere end effektivitets- eller omkostningskriteriet?
Det er Danske Arkitektvirksomheders erfaring, at pointdeling oftest ender med at favorisere prisen, fordi en uheldig pointmodel anvendes. Derfor vil det ikke tilgodese de ønskede hensyn, hvis der sættes grænser for den score, der kan tildeles f.eks. miljømæssige, sociale eller innovative kriterier. Eventuelt kan det overvejes at sætte maksimumvægtning på priskriteriet, så det ikke dominerer ved økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Dansk Erhverv anfører, at det bør være op til den enkelte myndighed konkret at vægte kriterier. Dansk Erhverv understreger, at disse fuldt ud skal respektere det danske trepartssystem, hvor arbejdsmarkedets parter selv regulerer deres forhold. Det kan derfor være nødvendigt at sætte konkrete begrænsninger i forhold til brugen af sociale klausuler.

Spørgsmål 72. Mener De, at muligheden for at lade tildelingsfasen omfatte miljømæssige og sociale kriterier er forstået og anvendes?
Mener De, at denne mulighed skal tydeliggøres i direktivet?
Det er SKI's vurdering, at ordregivende myndigheder har forstået, at det er muligt at vægte miljø, klima og andre hensyn ved tildelingen. SKI er dog usikker på, om alle ordregivende myndigheder er bekendt med, hvordan det gøres i praksis.

Spørgsmål 73. Skal det efter Deres mening være obligatorisk at tage hensyn til livscyklusomkostninger ved konstatering af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, navnlig i tilfælde af store projekter? Er det i dette tilfælde nødvendigt/passende, at Kommissi-

onens tjenestegrene udvikler en metode til livscyklusbaseret omkostningsberegning?

Danske Arkitektvirksomheder opfordrer til, at Kommissionen undersøger, om livscyklus er et realistisk hensyn at inddrage, og om det gælder alle typer indkøb, inden hensynet tages i betragtning.

Dansk Erhverv anfører, at hvor det er muligt, bør livscyklusomkostninger være obligatoriske. Der skal dog tages forbehold for områder, hvor disse ikke kan beregnes. Her vil en fælles EU standard for at udregne livscyklusomkostninger være nyttig.

Det er SKI's holdning, at det skal være obligatorisk at tage hensyn til livscyklusomkostninger ved konstatering af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, navnlig i tilfælde af store projekter. Det vil være hensigtsmæssigt, hvis Kommissionen udvikler standardiserede metoder til opgørelse af livscyklusomkostninger.

Spørgsmål 74. Bestemmelser om kontraktens udførelse er den mest velegnede fase til at inddrage sociale hensyn vedrørende beskæftigelses- og arbejdsforholdene for de arbejdstagere, der er involveret i gennemførelsen af kontrakten. Er De enig i det? Hvis ikke, bedes De angive den bedste alternative løsning.

SKI er enig i, at de vilkår, der skal gælde under kontraktens udførelse, skal fastsættes som vilkår i kontrakten.

Spørgsmål 75. Hvilken form for bestemmelser om kontraktens udførelse ville efter Deres mening være særlig passende, hvad angår hensyn til sociale og miljømæssige forhold samt energieffektivitet?

SKI anfører, at det skal være muligt at fastsætte udviklingskrav som vilkår i kontrakten.

Spørgsmål 76. Bør visse generelle bestemmelser om kontraktens udførelse, navnlig bestemmelser vedrørende beskæftigelses- og arbejdsforholdene for de arbejdstagere, der er involveret i gennemførelsen af kontrakten, allerede angives på EU-plan?

SKI er åbne overfor generelle bestemmelser på EU-plan, som kan bidrage til dels at sikre ligebehandling af alle leverandører på det europæiske marked i forhold det offentlige krav vedrørende miljø, klima og sociale forhold, og dels at sende et klart og entydigt signal til alle leverandører om, hvad de som minimum skal kunne præstere på disse områder for at komme i betragtning til offentlige ordrer.

Spørgsmål 77. Mener De, at den gældende ramme for offentlige indkøb i EU skal tillade, at specifikke løsninger omhandler undersøgelsen af kravene i hele forsyningskæden? Hvis ja, hvilke løsninger vil De så foreslå i den forbindelse? og Spørgsmål 78. Hvad er den bedste måde, hvorpå ordregivende myndigheder kan hjælpes med at verificere kravene? Vil udviklingen af "standardiserede" overensstemmelsesvurderinger og dokumentation samt mærkning lette deres arbej-

de? Hvis denne fremgangsmåde vedtages, hvad kan der så gøres for at minimere den administrative byrde?

SKI anfører, at det skal være muligt at efterspørge tredjepartsverificeret dokumentation. SKI vurderer, at den mest enkle løsning vil være at bruge de eksisterende mærknings- og certificeringsordninger og foreslår, at der i tillæg til en revision af udbudsdirektivet udarbejdes en liste over anerkendte standarder, der kan anvendes ved vurderingen af hhv. leverandørers og produkters miljøforhold.

Spørgsmål 79. Nogle interessenter foreslår at slække eller endda helt fjerne betingelsen om, at ordregivende myndigheders krav skal være knyttet til kontraktens genstand (der kan f.eks. stilles krav om, at tilbudsgiverne har indført en ligestillingspolitik eller ansætter en bestemt procentdel af bestemte kategorier af mennesker, som f.eks. jobsøgende, handicappede osv.). Er De enig i dette forslag? Hvilke fordele eller ulemper ville der efter Deres mening være ved at fjerne eller slække tilknytningen til kontraktens genstand?

Danske Arkitektvirksomheder anfører, at der ikke bør slækkes på tilknytningen til kontraktens genstand.

SKI anfører, at der skal blødes op for kravet om, at de tekniske specifikationer skal knytte sig til kontraktgenstanden, forudsat at de generelle principper om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling er overholdt. SKI anfører, at kravet om, at de tekniske specifikationer skal knytte sig til kontraktens genstand, hindrer muligheden for at foretage indkøb af produkter, som relaterer sig til andre politikmål.

Spørgsmål 80. Hvis tilknytningen til kontraktens genstand skal slækkes, hvilke korrigerende foranstaltninger skal der evt. indføres med henblik på at mindske risiciene for forskelsbehandling og betydelig begrænsning af konkurrencen?

SKI finder det hensigtsmæssigt med en højere grad af ensretning af de krav, som leverandører til det offentlige bliver mødt med.

Spørgsmål 81. Mener De, at små og mellemstore virksomheder kan have problemer med at overholde de forskellige krav? Hvis ja, hvordan skal disse problemer så løses efter Deres mening?

Det er Danske Arkitektvirksomheders opfattelse, at de detaljerede krav i udbudsfasen afskrækker SMV'er fra at afgive tilbud, fordi de mange krav er uforståelige for dem, og fordi de ikke har en organisation bag sig, der kan hjælpe dem.

Spørgsmål 91. Mener De, at der er behov for at fremme og stimulere innovation yderligere gennem offentlige indkøb? Hvilke incitamenter/foranstaltninger ville støtte og fremskynde offentlige myndigheders inddragelse af innovation?

Dansk Erhverv anfører, at innovationskraften kan fremmes ved oftere at gøre brug af funktionsudbud. Alt for ofte går udbuddene detaljeret til værks med de teknologier og metoder, der skal anvendes, når opgaven

Bilag 2: Erhvervsudvalgets udtalelse af 8. april 2011, om Europa-Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011, KOM(2011) 15

Europaudvalget 2011
KOM (2011) 0015 Bilag 3
Offentligt

Formanden for Europaudvalget
Anne-Marie Meldgaard

Erhvervsudvalget
Christiansborg
DK-1240 København K
Tlf. +45 33 37 55 00
Fax +45 33 32 85 36
www.ft.dk
ft@ft.dk

Erhvervsudvalgets udtalelse om Kommissionens grønbog om offentlige ind- 8. april 2011
køb (udbudsregler) – KOM (2011) 15

Ref.: ERU
Dir. tlf. +45 33 37 55 40

Kære Anne-Marie Meldgaard

I brev af 15. marts 2011 har Europaudvalget opfordret Erhvervsudvalget til at behandle Kommissionens grønbog om offentlige indkøb (udbudsregler) – KOM (2011) 15 – og komme med en udtalelse/indstilling til Europaudvalget.

Erhvervsudvalget har behandlet sagen på møder i udvalget den 22. og 31. marts 2011 og i en skriftlig procedure i udvalget.

På den baggrund udtaler et flertal i udvalget (V, DF og KF):
Den overordnede holdning er, at offentlige indkøb skal foretages bedst og billigst muligt. Det er dog den enkelte ordregivende myndighed – og ikke politikerne eller EU – der er bedst til at vurdere, hvordan det enkelte indkøb gennemføres. Udbudsreglerne bør derfor indrettes, så de i videst muligt omfang stiller de ordregivende myndigheder fri til selv at tilrettelægge deres indkøb. Revisionen af udbudsreglerne skal gøre det enklere og mere fleksibelt for de offentlige myndigheder at foretage indkøb, og ikke komplicere udbudsforretningen yderligere gennem obligatoriske krav om at forfølge specifikke politiske målsætninger.

Udbudsdirektiverne indeholder allerede mekanismer, der gør det muligt at tage hensyn til eksempelvis innovation, miljø, social ansvarlighed mv. Disse mekanismer kan dog eventuelt præciseres, så det gøres klarere for den udbydende myndighed, hvordan der kan tages højde for andre hensyn ved valg af leverandør. Det er dog centralt, at der er i denne forbindelse er tale om frivillige muligheder og ikke obligatoriske krav. Der skal således ikke stilles EU-krav til, hvad offentlige myndigheder køber ind.

En effektiv offentlig indkøbspolitik tjener et dobbelt formål – en effektiv udnyttelse af skatteydernes penge og fremme af konkurrence mellem leverandører.

EU's offentlige indkøbspolitik bør i en modernisering derfor som udgangspunkt sikre, at disse to formål forfølges, styrkes og udvides.

I Danmark foretager det offentlige årligt indkøb af varer og tjenesteydelser for ca. 270 mia. kr. Forudsætningen for effektive offentligt indkøb er dels, at indkøbet organiseres og varetages professionelt, dels at indkøbet fortages med udgangspunkt i at sikre den lavest mulige pris for varer og tjenesteydelser, der har den ønskede funktionalitet og kvalitet. På statens område er der i 2011 med udgangspunkt i denne tilgang – og alene på få, udvalgte varegrupper – opnået besparelser på ca. 1 mia. kr. årligt siden oprettelsen af statens indkøbsprogram. I den aktuelle økonomiske situation vil fordyrende tiltag være særdeles skadeligt.

Ubureaukratiske, gennemsigtige og tilgængelige vilkår for offentlige indkøb vil øge virksomhedernes interesse for at byde på offentlige opgaver. Det vil øge konkurrencen, og det vil betyde, at det offentlige kan indkøbe til bedre priser end nu. Samtidig fremmer fleksible og ubureaukratiske regler, at det offentlige anvender udbud og dermed sikrer en effektiv udnyttelse af de offentlige ressourcer.

Fokus bør derfor være på, at udbud sikrer, at der købes ind til den bedste pris, og øget anvendelse af social klausuler bør derfor ikke indføres som et krav i direktivet.

Brug af funktionsudbud, hvor opgaveløsningen ikke er fastlagt, men hvor det er op til leverandørerne at komme med tilbud til løsningen af en problemstilling og ikke gennem en bestemt proces, kan inden for en række områder med fordel bruges for at fremme innovationen i processen, således at det ikke i udbuddet på forhånd er veldefineret, hvordan en bestemt problemstilling/opgave skal løses.

Ligeledes vil en dialog mellem ordregiver og potentielle leverandører også kunne virke fremmende for en succesfuld anvendelse af udbud. Konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse vil kunne føre til nye måder at løse komplicerede opgaver på, hvor ordregiver på forhånd ikke eksakt kan beskrive, hvordan opgaven skal løses. Dermed skabes i dialog med leverandører nye opgaveløsninger, der kan være mere effektive og skabe innovative løsningsmodeller.

I forbindelse med udvælgelse af kvalificerede leverandører i prækvalifikationer, forhandlinger efter forudgående udbudsbekendtgørelse og konkurrencepræget dialog er det desuden vigtigt, at små og mellemstore virksomheder ikke diskrimineres ved at der opstilles krav, som udelukker disse virksomheder til trods for, at der ingen saglige og faglige begrundelser er for at udelukke små og mellemstore virksomheder

Det må altid alene være en national beslutning for ordregiver, hvorvidt udbud skal indeholde sociale krav mv.

Det er vigtigt, at små og mellemstore virksomheder ikke oplever krav og betingelser, som udelukker dem fra at kunne byde på offentlige opgaver. Det gælder krav og betingelser, som ikke har noget med den pågældende opgave at gøre, men som alligevel kræves for at byde på den pågældende opgave. Såfremt ordregiver ønsker at stille sådanne krav, er det alene en beslutning, som ordregiver selv beslutter – ikke EU. Ordregiver må dermed selv overveje, om sådanne krav og klausuler harmonerer med, at udbuddet fremmer konkurrence og effektivitet i indkøbsprocessen.

Et mindretal i udvalget (S, SF og RV) udtaler:

Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Radikale Venstre mener overordnet, at reglerne for udbud efter forhandling, dialogbaserede, prækommercielle indkøb samt funktionsudbud skal præciseres og fremmes.

EU's regler om offentlige indkøb skal i højere grad end i dag være juridisk klare og tage hensyn til små og mellemstore virksomheders (smv'ers) muligheder for at få del i offentlige indkøb. Partierne er åbne over for kommissionens tanker om, at der gives større valgfrihed i forbindelse med rækkefølgen af forundersøgelsen af udvælgelses- og tildelingskriterierne, samt at kun udvalgte kandidater eller den valgte udbudsgiver skal indsende og verificere dokumentation.

Samtidig mener vi, at bedst og billigst stadig skal være gældende, men der skal i højere grad end i dag være mulighed for, at bedst og billigst skal måles i forhold til livscyklusomkostningerne på større offentlige indkøb. F.eks. er vi umiddelbart åbne over for, at der stilles krav om, at der ved offentlige bygge- og anlægskontrakter skal tages hensyn til fremtidige energiomkostninger mv.

Vi er modsat regeringen åbne for, at der gennem indkøbene kan tages specifikke politiske hensyn. Vi mener, at det vil gavne EU's konkurrenceevne, hvis det bliver muligt at understøtte 2020-målene, ved at medlemsstaterne anvender "deres købekraft til at indkøbe varer og tjenesteydelser med en højere "samfundsmæssig" værdi med hensyn til at fremme innovation, respektere miljøet og bekæmpe klimaændringer, reducere energiforbruget, øge beskæftigelsen og forbedre folkesundheden og de sociale forhold samt fremme lighed og samtidig forbedre inddragelse af ugunstig stillede grupper" (s. 34-35).

Vi finder, at større krav om samfundsmæssig værdi i indkøbene vil forbedre Europas konkurrenceevne samtidig med, at det vil stille danske virksomheder – med stor andel af up-market produkter – godt i den europæiske konkurrence.

Vi har i vores gennemgang nedenfor set specifikt på, hvordan der gennem indkøbene kan tages specifikke politiske hensyn til miljøbeskyttelse, innovation og social ansvarlighed herunder ikke mindst, hvordan det bliver at stille krav om, at virksomheder, der leverer til det offentlige, bidrager til at uddanne arbejdsstyrken.

1. De lovgivningsmæssige rammer for offentlige indkøb (spørgsmål 1-13)

De lovgivningsmæssige rammer for offentlige indkøb bør harmoniseres mest muligt.

Den nuværende struktur med opdeling i bygge- og anlægskontrakter og vare-, indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter bør afvikles, således at procedurerne for de to forskellige områder harmoniseres mest muligt. Der bør dog stadig være forskel på tærskelværdierne.

Opdelingen i A- og B-tjenesteydelser bør ikke ophæves, da det kan betyde bureaukratisering af udbud på det bløde område i Danmark.

Der gøres undtagelser for tidsfrister mv. på opgaver, hvor menneskelige relationer gør det uhensigtsmæssigt at bryde forløb, f.eks. hver gang kommuner laver et udbud. Det gælder for eksempel anbringelser af børn uden for hjemmet. Der bør være en nærmere kortlægning af opgaver af denne karakter, der skal undtages.

Vi mener, at der gennem WTO skal arbejdes for at hæve tærskelværdierne. Men vi mener ikke, at dette arbejde skal have opsættende virkning på revisionsprocessen.

Vi mener, at den nuværende definition af offentlige indkøbere er alt for snæver – og at det giver en række uhensigtsmæssigheder, f.eks. når indkøb i alle daginstitutioner i en kommune bliver samlet. Dertil kommer, at selvejende institutioner, fonde mm., der løfter opgaver for det offentlige, ikke bør være omfattet.

2. Bedre værktøjer for ordregivende myndigheder (spørgsmål 14-44)
Udbudsreglerne er i dag alt for detaljerede og dermed komplicerede. Det afholder mindre virksomheder fra at byde på opgaver. En simplificering er derfor et mål i sig selv.

Vi vil understøtte, at der kommer flere forhandlinger i forbindelse med offentlige indkøbsprocedurer, da det giver mulighed for flere innovative bud, hvis der åbnes op for dialog og teknisk afklaring mellem ordre- og tilbudsgivere.

Det kan være en god ide at arbejde med at anvende forenklede procedurer i forhold til standardvarer.

Vi mener, at det kan være hensigtsmæssigt i forhold til deltagelse af mindre virksomheder at åbne op for en mere fleksibel proces for tilrettelæggelse og rækkefølge af undersøgelse af udvælgelses- og tildelingskriterier. Således bør det kun være de virksomheder, der bliver valgt ud fra selve budet på kvalitet, pris mv., der bliver bedt om at dokumentere udvælgelseskriterierne.

Koncentration af indkøb kan være hensigtsmæssig i forhold til at opnå lavere pris på standardvarer samt for at mindske udbudsomkostninger, men det har også en række uheldige konsekvenser. Mindre virksomheder bliver de facto ofte udelukket fra markedet. Et for stort indkøb af standardvarer fører til min-

dre udvikling af den offentlige sektor samt til mindre innovation i virksomhederne. Vi vil derfor foreslå, at der ved fælles indkøb på tværs af institutioner sættes en del af indkøbet af til projektkonkurrencer efter regler om prækommercielle indkøb for særligt mindre virksomheder.

3. Et mere tilgængeligt europæisk indkøbsmarked (spørgsmål 45-61)
Grønbogen viser med al tydelighed, at de nuværende indkøbsprocedurer diskriminerer mindre virksomheder (s. 28-29). Vi mener, derfor ikke, at de nuværende regler er smv-venlige nok.

Vi støtter forslag som, at der bliver mulighed for, at det kun er udvalgte kandidater, der skal indsende dokumentation, at der indføres en øvre grænse for krav til omsætning, at der bliver bedre muligheder for at opdele kontrakter i mindre partier mv.

Vi mener, at konkurrencen skal fremmes. Det kunne meget vel ske gennem opdeling af kontrakter i partier med grænser for, hvor stort antal partier, der kan tildeles en enkelt tilbudsgiver.

4. Strategisk brug af offentlige indkøb til håndtering af nye udfordringer (spørgsmål 62-97)
Vi mener, at den offentlige købekraft skal anvendes intelligent og strategisk ved at satse på at indkøbe varer og tjenesteydelser med en højere "samfundsmæssig" værdi for at fremme innovation, respektere miljøet og bekæmpe klimaændringer, reducere energiforbruget, øge beskæftigelsen og forbedre folkesundheden og de sociale forhold samt fremme lighed og samtidig forbedre inddragelse af ugunstigt stillede grupper.

For at fremme udviklingen i den offentlige sektor og fremme innovationen i virksomhederne skal der åbnes op for, at der i højere grad end i dag kan bruges funktions- og dialogbaserede udbudsformer.

Dertil kommer, at der skal åbnes mere op for at bruge en bredere fortolkning af mest fordelagtige tilbud, således at der fokuseres mindre på laveste pris.

Vi mener ikke, at der skal være begrænsninger i forhold til den score, der tildeles miljømæssige, sociale eller innovative kriterier. Vi mener, at der er behov for at tydeliggøre mulighederne og fordelene ved at bruge disse kriterier.

Vi mener, at livscyklusomkostninger bør være obligatoriske, hvor det er muligt, og finder at Kommissionens tjenestegrene bør udvikle en metode til livscyklusbaseret omkostningsberegning.

Vi mener, at der bør være muligheder for at ordregiver kan stille sociale og miljømæssige krav. F.eks. skal det være muligt at stille krav om miljømæssig påvirkning, overenskomstdækning og krav om, at tilbudsgiver lever op til uddannelsesmæssige forpligtelser i form af f.eks. praktikpladser. Disse krav bør kunne differentieres i forhold til virksomhedernes størrelse

Det bør være muligt at stille krav til undersøgelse af, om leverandørerne lever op til de stillede krav i hele sin forsyningskæde.

Det bør være muligt at stille krav, der går ud over produktets karakteristika ved definition af tekniske specifikationer. F.eks. at kaffe har et Fair Trade mærke eller tilsvarende.

Vi mener, at der på EU-plan skal stilles krav til offentlige indkøb i den politikspecifikke lovgivning – f.eks. miljømæssige, energimæssige og sociale minimumskrav.

Vi er af den overbevisning, at der skal stilles større krav om innovation i de offentlige indkøb, og at den konkurrencebaserede dialog skal fremmes.

Vi vil foreslå, at der ved koncentration af indkøb på tværs af offentlige myndigheder sættes en mindre del af de sparede transaktionsudgifter af til at få udviklet nye produkter og løsninger af mindre virksomheder gennem prækommercielle indkøb.

For såvel konkurrencepræget dialog og prækommercielle indkøb er der behov for en præcisering i forhold til intellektuelle rettigheder.

Der er visse sociale områder, der med fordel kan undtages for udbudsreglerne. F.eks. daginstitutioner og det specialiserede område for børn og voksne.

5. Sikring af sunde procedurer (spørgsmål 98-110)

Ingen kommentarer

6. Tredjelandslieferandørers adgang til EU's marked (spørgsmål 111-114)

Der bør være adgang for alle leverandører uanset oprindelsesland til at byde på EU-udbud. Der bør være opmærksomhed på, om bud fra tredjelandslieferandører uden markeds-mæssig status sker på lige konkurrencevilkår.

Med venlig hilsen

Helge Sander
Formand for Erhvervsudvalget

**Bilag 3: Annual Report on EU SMEs 2010/2011 - Are EU SMEs recovering?
Client: European Commission, DG-Enterprise. Rotterdam, Cambridge, 2011**

Dokumentet er i sin helhed 58 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1-9

Are EU SMEs recovering from the crisis?

Annual Report on EU Small and Medium
sized Enterprises 2010/2011

Rotterdam, Cambridge, 2011

Are EU SMEs recovering?

Annual Report on EU SMEs 2010/2011

Client: European Commission, DG-Enterprise

Paul Wymenga, Dr Viera Spanikova, Dr James Derbyshire, A. Barker

Rotterdam, Cambridge, 2011

About Ecorys

At Ecorys we aim to deliver real benefit to society through the work we do. We offer research, consultancy and project management, specialising in economic, social and spatial development. Focusing on complex market, policy and management issues we provide our clients in the public, private and not-for-profit sectors worldwide with a unique perspective and high-value solutions. Ecorys' remarkable history spans more than 80 years. Our expertise covers economy and competitiveness; regions, cities and real estate; energy and water; transport and mobility; social policy, education, health and governance. We value our independence, integrity and partnerships. Our staff are dedicated experts from academia and consultancy, who share best practices both within our company and with our partners internationally.

Ecorys Netherlands is committed to carrying out its work in a sustainable way. We therefore print our documents on FSC certified paper.

ECORYS Nederland BV
Watermanweg 44
3067 GG Rotterdam

P.O. Box 4175
3006 AD Rotterdam
The Netherlands

T +31 (0)10 453 88 00
F +31 (0)10 453 07 68
E netherlands@ecorys.com
Registration no. 24316726

W www.ecorys.nl

Ecorys Macro & Sector Policies
T +31 (0)10 453 87 53
F +31 (0)10 452 36 60

Preface	1
Summary	2
1 Introduction	5
2 EU-wide trends	7
2.1 The status quo of the EU SMEs in the European economy in 2010	7
2.2 The overall trends in SME performance indicators	10
2.3 Industrial sector analysis	16
2.4 EU SME performance compared with US and Japan	18
3 Different trends of EU-SMEs by Member States Groupings	25
3.1 Country / Member States differences	25
3.2 Explaining the performance differences of Member States	30
4 Other important SME trends	34
4.1 Second chance for entrepreneurs seeking a fresh start	34
4.2 Access to finance	37
5 Conclusions	38
References	41
Annex – Additional Tables	44
Tables	
1.1 Macroeconomic indicators for the EU-27, Euro zone, USA and Japan (Annual Growth Rates in %)	6
2.1 Number of enterprises, employment and gross value added in EU-27, by size class, 2010 estimates	8
2.2 Number of enterprises by sector of industry, EU-27, 2010 estimates	9
2.3 Average firm size of SMEs and large enterprises, EU-27, 2003-2010	9
2.4 Annual growth percentages for number of enterprises, employment and gross value added, EU-27, 2008-2010 (estimates)	11
2.5 Estimated propensity to invest by size-class and sector of industry, EU-27, 2010 (in percent)	14
2.6 Profitability of enterprises by size-class and sector of industry, EU-27, 2009 (estimates)	16
2.7 Annual growth percentage for number of enterprises by size-class and sector of industry, EU-27, 2010 (estimates)	17
2.8 Turnover (EUR 1,000) per person employed in SMEs and large enterprises by sector of industry, EU-27, 2009-2010	17
2.9 Employment, GVA and labour productivity by size class and sector of industry, EU-27, 2010 (estimates)	18
2.10 Number of persons employed and average firm size in SMEs and large enterprises in business economy in United States, 2008-2009	20
3.1 Distribution of Member States according to three categories in the Euro zone and non-Euro zone (P-P, P-N, N-N), 2010	29

Kandidatspeciale 2012

3.2	Average annual growth percentage for gross value added by sector of industry for SMEs, by three country groups in the EU27, 2010 (estimates)	30
3.3	Correlation between the growth rate of gross value added and the innovation category, 2010	33
3.4	Standard deviation for gross value added and employment of SMEs, EU individual member states, 2003-2010 (Index 2003=100)	34
A1	Annual growth percentage for employment and gross value added, 2008-2010	44
A2	OECD Indicators of Employment Protection	46
A3	Value added at factor costs in SMEs in US and Japan, 2003-2009	47
A4	Labour productivity in SMEs in US and Japan, 2003-2009	47
A5	Average number of persons employed in SMEs and large enterprises by sector of industry, EU-27, 2008-2010 (estimates)	48
Figures		
2.1	Average wages (EUR 1,000) per person employed by size class, EU-27, 2009-2010 (estimates)	10
2.2	Number of enterprises by size class, EU-27, 2003-2010 (2003=100)	11
2.3	Annual growth percentages for number of enterprises, employment and GVA of SMEs, EU-27, 2004-2011	12
2.4	Annual growth of the number of persons employed by size class, EU-27, 2004-2010 (in percent)	13
2.5	Gross investments (EUR 1,000) per person employed in SMEs and large enterprises, EU-27, 2003-2010	15
2.6	Number of enterprises by size class, United States, 2002-2009 (2002=100)	20
2.7	Number of enterprises by size class, Japan, 2002-2006 (2002=100)	21
2.8	Number of corporations by size class, Japan, 2005-2010	21
2.9	Employment of corporations by size class, Japan, 2005-2010	22
2.10	Value added of corporations by size class, Japan, 2005-2010	23
3.1	EU Member States with negative real GDP growth during 2008-2010	26
3.2	Real GDP growth rates for EU-27, EU-15, Eurozone and crisis countries, 2008-2010	26
3.3	Value added at factor costs and employment growth rates of SMEs, 2010 (estimates)	27
3.4	Categorisation of SME performance of EU Member States according to estimated value added and employment growth rates, 2010	28
3.5	The relation between the innovation performance, GVA and employment growth of SMEs, EU-27, 2009-2010	33
4.1	Barriers to entrepreneurship – EU 27	35
A1	Annual growth percentages of Employment and GVA estimated for SMEs in the Eurozone and non-Eurozone, 2008-2010	45
Boxes		
1	The SME size class definitions	5
2	Innovation in the EU	31

Preface

This report was prepared by Ecorys together with Cambridge Econometrics with financial support from the European Communities, under the Competitiveness and Innovation Programme 2007-2013. Ecorys and Cambridge Econometrics were contracted in December 2010 by the European Commission, Directorate General Enterprise and Industry, to deliver the 2010 Annual Report on European SMEs. This specific contract was offered under the Framework Service Contract with ref. ECFIN/024/2010 for the procurement of economic studies and economic assistance on the structural performance of European economies.

The views expressed herein are those of the consultant, and do not represent any official view of the Commission. The responsibility for the content of this report lies with Ecorys Netherland BV. Quoting numbers or text in papers, essays and books is permitted only when the source is clearly mentioned.

In producing this report, the contractor received guidance and advice from the following people at DG Enterprise: Ludger Odenthal, Ioana Davidescu, Hanna Aspegren. The contractor is grateful for this.

Summary

This Annual Report on European SMEs presents and analyses the most important trends for EU SMEs in 2010/11. The central theme of the report this year is "Have European SMEs recovered from the crisis?"

The evidence compiled and analysed for this report points at the start of a modest recovery in 2010. In 2011, this recovery is forecasted to consolidate and, most importantly, to lead to an increase in employment in SMEs. Due to the uncertain economic and financial environment, this recovery remains fragile for the time being. Throughout the downturn, however, SMEs retained their position as the backbone of the European economy. In 2010, there were almost 20.8 million SMEs in the EU of which the lion's share – 19.2 million (or 92.1 percent of all EU business) – were micro-firms with less than ten employees. As in previous years, the share of large businesses, i.e. non SMEs, remains marginal in terms of the number of enterprises (43,000 or 0.2 percent of the total). Altogether these SMEs provided more than two-thirds (87.5 million) of all employment opportunities in the private sector in EU-27. Also, 58.4 percent of the total Gross-value Added (GVA) produced by private businesses in the EU in 2010 was accounted for by SMEs.

While SMEs continued to be the backbone of the EU's economy, they had to operate in an uncertain economic climate in 2010/11. Despite this challenging environment, the EU's SMEs started to bounce back after the sector had been hit by the recession in 2009. The number of SMEs in the EU remained at the 2009 level with a total of 20.8 million. This stabilisation followed on the foot of a considerable decline in numbers (-2.1 percent) in 2009. The combined gross value added (GVA) of SMEs grew strongly by 3.4 percent after a decline of 6.4 percent in 2009. However, it is too early to call this a full-blown recovery as on the employment side the turnaround was still lagging behind. The downward slide of the number of employees that started in 2009 (-2.7 percent) slowed down in 2010 to -0.9 percent, but still resulting in a loss of more than 823,000 jobs in the EU-27's.

Looking further into the future, as of September 2011, the prospects for the current year do give reason for cautious optimism, despite continuously deteriorating macro-economic forecasts throughout this year. The contribution of EU SMEs to delivering jobs seems more promising for the years 2011 than for 2010. For the current year, forecasts for all three major SME aggregates are up. The number of SMEs is expected to rise by 0.9 percent accompanied by an increase in SMEs' Gross Value-Added by 3.9 percent. Even the number of employees is expected to modestly increase after a two year slump (0.4 percent). It has to be said, however, that at this time come with a higher than usual degree of uncertainty given the current volatile environment.

On the level of different country groupings and individual Member States, there were some considerable differences in trends in 2010. In the report the effects of the crisis on EU SMEs have been assessed for groups of countries within the EU. This report distinguishes for example the EU-15, the EU-12, Euro zone countries, Non-Euro zone countries, crisis- and non-crisis countries. By 2010, the number of SMEs fell only in the EU-15; in the five other country groups, the number of SMEs stayed the same or increased. Employment growth in SMEs was negative in 2010 in all six country groups, whereas value added was on the rise in all country groups except for the crisis countries. SMEs in the non-Euro zone have lost more GVA and employment in the crisis year of 2009 than the SMEs in the Euro zone, but they have also recovered more strongly in 2010 than the Eurozone as a whole.

Zooming in on the level of individual Member States, three groups can be distinguished based on individual growth rates of GVA and employment of SMEs in 2010:

1. The group of (P-P) countries – this group has a positive growth rate of both, GVA and employment, and includes Austria, Germany, Luxembourg, Malta, Romania, Sweden and United Kingdom.
2. The group of (N-N) countries – this group has a negative growth rate of both, GVA and employment and covers Greece, Ireland, Spain, Latvia and Lithuania.
3. The group of (P-N) countries - this group has a positive growth rate of GVA but a negative growth rate of employment, amounting to a jobless recovery. This group contains Belgium, Bulgaria, the Czech Republic, Denmark, Estonia, France, Italy, Cyprus, Hungary, Netherlands, Poland, Portugal, Slovenia, Slovakia and Finland.

The diverging SME trends along these three different country groupings is –at least to some degree - due to differences in macroeconomic, export and innovation performance as well as structural factors. It should be noted, however, that the observations over this particular year, i.e. 2010, have to be seen in the context of a highly volatile environment. Hence, it is not clear to what extent the observed classification will hold in the future.

The still cautious mood of EU SMEs as a whole was evidenced by the only marginally increasing levels of investments per person employed during 2009 (€ 6,748) and 2010 (€ 6,857). The sectors with particular strong investments were electricity, gas and water supply and mining and quarrying, while on the other end of the scale were construction and hotels and restaurants.

By size class, the performance of SMEs during the recession was most constant for micro enterprises while SME-recovery in 2010 was spearheaded by the small- and medium-sized enterprises. By industrial sector, SMEs dominate in both gross value added (GVA) and employment in construction, wholesale and retail trade, hotel and restaurants and real estate, renting and business activities. During the crisis year 2009, manufacturing saw the biggest decline in the number of SMEs. In terms of GVA in 2010, the SMEs in the manufacturing sector, the utility sector and the transport, storage and communication sectors exhibited the highest growth. On the other hand, SMEs in the mining and quarrying sector, the construction sector and the hotels and restaurants sector had the lowest GVA growth in 2010.

Comparing the EU with major partner countries such as the United States and Japan, reveals some interesting differences: SMEs in the United States have shown a negative growth in numbers during 2007-2009. During the recession of 2009 the United States had a stronger drop in SME employment (-6.0 percent) than the EU (-2.7 percent). In Japan the downward trend in SME development in terms of numbers, employment and value added already occurred much earlier than the recession in Europe.

All in all, in 2010, at the EU level SMEs were on their way to recover from the 2008/2009 recession, although it remained a jobless recovery in many instances. A modest increase of employment in EU-27 SMEs is only expected for 2011. At the same time, at country level, there are notable differences: a few Member States' SME sectors show a full recovery at pre-crisis level combined with an actual increase in SME employment, while there are also countries, in particular those stuck in an overall economic recession, where the SME sector is stagnating or even further contracting in both value-added as well as employment terms. In particular the SMEs in Member States that are leading in innovation are recovering faster in terms of value added than Member States that are modest innovators.

Bilag 4: SBA-Faktablad (Small Business Act) Danmark (2010/2011) European Commission, Enterprise and Industry

Dokumentet er i sin helhed 14 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 og 8

DA

SBA-faktablad 2010/11

DANMARK



Danmarks faktablad i en nøddeskal:

Danmarks SMV-sektor forventes ikke at vende tilbage til sit førkriseniveau før efter 2011, og der vil være varige negative indvirkninger på beskæftigelsen og antallet af SMV'er.

Mellem 2008 og 2010 mistede SMV-sektoren i Danmark 5,5 % af sin samlede arbejdsstyrke.

Danmark ligger over EU-gennemsnittet, for så vidt angår alle andre SBA-principper end iværksætteri. Indikatorerne er imidlertid stagneret.

I 2010/2011 satte Danmark ind over for ni ud af de ti SBA-områder gennem målrettede politikforanstaltninger og fokuserede på at stimulere iværksætteri, øge adgangen til finansiering og fremme innovation.

SBA-faktablade:

Small Business Act (SBA) er EU's flagskibsinitiativ til støtte for små og mellemstore virksomheder (SMV'er).

Formålet med de årligt ajourførte faktablade er at øge forståelsen af desenestetendenser og nationale politikker, der har indvirkning på SMV'erne.

1. SMV'er i Danmark — basistal

	Virksomheder			Beskæftigelse			Værditilvækst		
	Danmark		EU-27	Danmark		EU-27	Danmark		EU-27
	Antal	Andel	Andel	Antal	Andel	Andel	Mia. EUR	Andel	Andel
Mikro	177.147	87,2%	92,1%	343.598	20,0%	29,8%	30	26,2%	21,6%
Små	21.480	10,6%	6,6%	424.182	24,7%	20,4%	25	21,4%	18,9%
Mellemstore	3.840	1,9%	1,1%	367.242	21,4%	16,8%	22	18,9%	17,9%
SMV'er	202.467	99,7%	99,8%	1.135.023	66,2%	66,9%	77	66,5%	58,4%
Store	670	0,3%	0,2%	579.529	33,8%	33,1%	39	33,5%	41,6%
I alt									

Skøn for 2010 baseret på tal fra 2002-2007 fra Structural Business Statistics Database_revised (Eurostat). Skønnene er udarbejdet af Cambridge Econometrics. Dataene dækker "forretningsøkonomien", som omfatter industri, bygge- og anlægsvirksomhed, handel og tjenester (NACE Rev. 1.1, hovedafdeling C-I og K). Dataene dækker ikke virksomheder inden for landbrug, skovbrug, fiskeri eller de i vidt omfang ikkemarkedsmæssige tjenester som f.eks. uddannelse og sundhedsvæsen. Fordelen ved at anvende Eurostat-data er, at statistikkerne fra de forskellige lande er blevet harmoniseret og er sammenlignelige landene imellem. Ulempen er, at disse data for visse lande kan være forskellige fra de data, der offentliggøres af nationale myndigheder.

Danmark er en lille, dynamisk økonomi, der er kendetegnet ved en relativt højere koncentration af små og mellemstore virksomheder end Den Europæiske Union som helhed, og hvor små og mellemstore virksomheder (mikrovirksomheder) er forholdsvis mere udbredte.

SMV'ers fordeling på sektorer i Danmark ligner EU-gennemsnittet med lidt større andele af SMV'er inden for tjenester og bygge- og anlægsbranchen og en forholdsvis lavere koncentration af SMV'er inden for detail- og engroshandelen.

Krisen har ramt de danske virksomheder og midlertidigt sat den positive, langsigtede udvikling i antallet af små og mellemstore virksomheder, deres bidrag til beskæftigelsen og økonomiske værditilvækst i stå.

SMV-sektoren skønnes i 2008-2010 at have mistet 65 000 arbejdspladser, hvilket udgør omkring 5,5 % af deres samlede arbejdsstyrke. Hårdest ramt var SMV'er i bygge- og anlægsbranchen, som skilte sig af med omkring 10 % af deres ansatte, fulgt af SMV'er inden for turisme

(8 %) og handel (5 %). For så vidt angår beskæftigelsen, synes danske SMV'er imidlertid at have klaret krisen bedre end store danske virksomheder, som ved udgangen af 2010 samlet havde mistet omkring 7,5 % af de arbejdspladser, de havde i 2008.

For så vidt angår prognoserne for 2011, peger beregninger i retning af et langsomt opsving mere eller mindre på linje med prognoserne for Den Europæiske Union som helhed.

SMV-sektorens bidrag til BNP (målt i bruttoværditilvækst) — især drevet af SMV'er i servicesektorer som f.eks. ejendomshandel, udlejning, erhvervsaktivitet, transport osv. — er vokset betydeligt siden 2009. Dette gælder ikke antallet af virksomheder eller den beskæftigelse, de tegner sig for. Der er situationen praktisk talt blokeret både i Danmark og i Den Europæiske Union som helhed.

V. Statsstøtte og offentlige indkøb

SMV'ers andel i den samlede værdi af tildelte offentlige kontrakter, 2008; Danmark: 45%; EU-gennemsnit: 38%

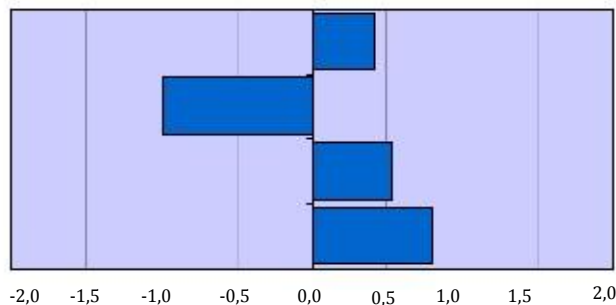
Statsstøtte til SMV'er (% af samlet støtte), 2009; Danmark: 0,3%; EU-gennemsnit: 6,9%

Gennemsnitlig forsinkelse i betalinger fra offentlige myndigheder (i dage), 2010; Danmark: 13; EU-gennemsnit: 25,1

Adgang til offentlige e-indkøb (herunder til faserne før kontrakttildeling), 2010; Danmark: 90; EU-gennemsnit: 72,94

Afstand til EU-gennemsnittet

(målt i standardafvigelser, EU-gennemsnit=0)



Note: Søjler, der peger mod højre, viser resultater over EU-gennemsnittet. Søjler, der peger mod venstre, viser resultater under EU-gennemsnittet.

Samlet set ligger Danmark over EU-gennemsnittet, for så vidt angår statsstøtte og offentlige indkøb.

Små og mellemstore virksomheder i Danmark tegner sig for en større andel af værdien af offentlige indkøbskontrakter (45 % over for 38 % i EU), skønt denne andel stadig ligger klart under deres bidrag til økonomien (66 % af bruttoværditilvæksten). Dette relativt set bedre resultat kan skyldes det forhold, at e-indkøbsprocedurer er klart mere tilgængelige for potentielle tilbudsgivere i Danmark end i andre EU-lande.

Ikke desto mindre gør små virksomheder i Danmark — i lighed med de fleste små virksomheder i Den Europæiske Union — kun marginalt brug af stats støtteordninger, idet kun omkring 0,3 % af den samlede støtte gik til SMV'er i 2009.

På det politiske plan blev der ikke iværksat nogen betydelige foranstaltninger på dette område i 2010 eller første kvartal af 2011.

Bilag 5: Dansk Erhvervs Avis af 28.-30. marts 2012. Artikel s. 1 "Stærkt brug for nationalt kompromis om udbud" samt s. 5 "Det er en dyr fornøjelse for erhvervslivet at give tilbud"

Dokumentet er i sin helhed 16 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 og 5

DANSK ERHVERVS AVIS

28.-30. marts 2012

MEDELSMAVIS FOR 17.000 VIRKSOMHEDER OG 100 BRANCHEFORENINGER I DANSK ERHVERV



Husk at tilmelde dig Dansk Erhvervs Årsdag 15. maj

DANMARKS SUNDESTE VIRKSOMHED	SKAL BESTYRELSEN BRUGE FORRUDEN ELLER BAKSPEJLET?	"JEG ER JO IKKE SÆLGER" - MEN DET KAN DU BLIVE	DIN VIRKSOMHED KAN BLIVE MERE EFFEKTIV
------------------------------	---	--	--

Stærkt brug for nationalt kompromis om udbud

> 04

Virksomhederne bruger mere end 4 milliarder kr. hvert år i omkostninger på offentlige udbud. Dansk Erhverv mener, at der er behov for et nationalt kompromis om udbud mellem erhvervsliv, kommuner, regioner og staten - en vigtig del er et serviceeftersyn af klagesystemet.

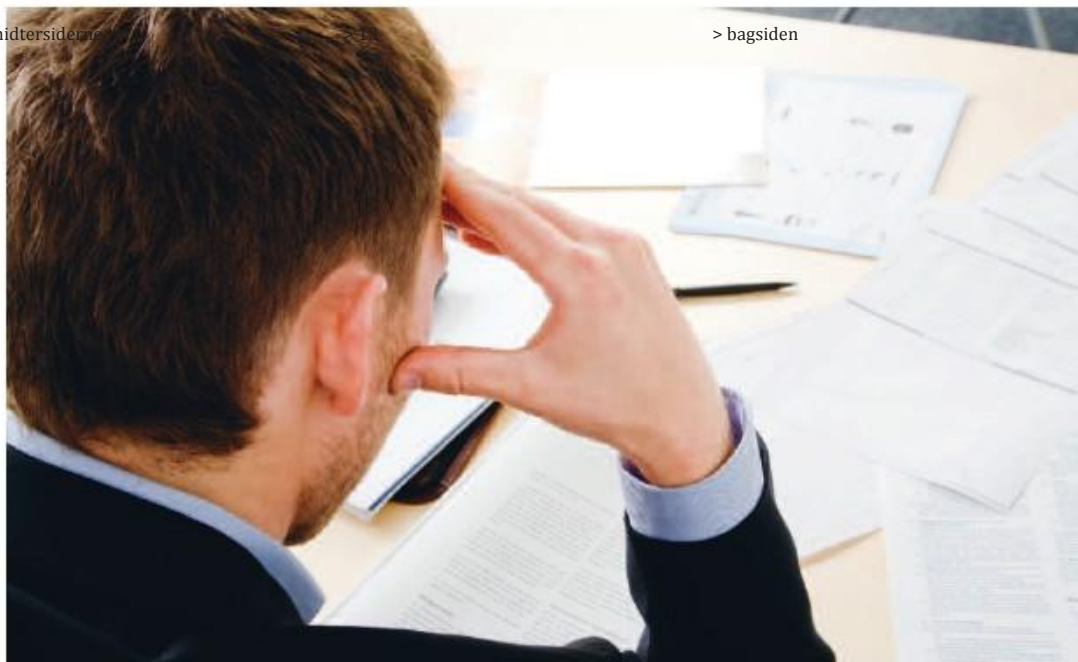
Af Pernille Thorborg Jasper og Dorthe Pihl

En ny analyse fra Dansk Erhverv viser, at erhvervslivet har omkostninger i størrelsesordenen 4,6 milliarder kr. årligt ved at deltage i offentlige udbud. Det offentlige kan tilsvarende dokumentere, at omkostningerne til udbud er ved at løbe løbsk.

Dansk Erhverv mener, at forklaringen ligger i tunge regler og en afsporet kultur med alt for stort fokus på juridisk nidkærhed - og alt for lidt fokus på samarbejde om effektivisering og innovation. Det giver sig blandt andet udslag i mistillid og et stigende antal klagesager.

"Tiden er kommet til et nationalt kompromis om offentlig-privat samarbejde. Et serviceeftersyn af klagesystemet skal indgå som en naturlig del. Men vi er nødt til at se samlet på den måde, det offentlige udbyder på, og hvordan vi kan gøre reglerne enklere. Det er afgørende, at vi får sam-

> midtersiderne



> bagsiden

Når en virksomhed i gennemsnit bruger 213.000 kr. på at deltage i et udbud uden at vinde, om den vinder, så viser det, at der er noget helt galt, mener Dansk Erhverv.

arbejdet tilbage på sporet - for eksempel med et fælles kodeks for offentlig-privat samarbejde," siger direktør Christian T. Ingemann, Dansk Erhverv.

Høje omkostninger skal ned
Dansk Erhvervs udspil kommer som reaktion på en stigende frustration i erhvervslivet over de høje omkostninger, der følger med udbud.
"Når en virksomhed i gennemsnit bruger 213.000 kr. på at deltage i et udbud uden at vinde, om den vinder, så viser det, at der er noget helt galt," påpeger Christian T. Ingemann og fortsætter:
"Især IT-branchen har været vold-

somt udfordret af stive udbudsregler. Det er også en del af baggrunden for, at vi nu opfordrer til, at der indgås et nationalt kompromis."
Dansk Erhverv foreslår, at de centrale aktører samles for at finde konkrete løsninger, der kan få det offentlig-private samarbejde tilbage på sporet - og få nedbragt de høje omkostninger.

Offentlige udbud er unødigt komplicerede
Direktør Pierre Ørndorf, PØ Data, ser mange fordele i at levere direkte til den offentlige kunde. Det kan komplicere arbejdet, når der er flere led. Men det er yderst ressourcekrævende.

vende at deltage i offentlige udbud. Det koster konsulenthuset minimum 100.000 kr. at byde på et offentligt udbud, vurderer Pierre Ørndorf:
"På trods af, at vi er godkendt som leverandør af SKI - Statens og Kommunernes Indkøbs Service, bliver der stillet urimeligt mange spørgsmål og krav til vores tilbud. Hvis det så i det mindste bare var de samme kategorier og den samme måde at stille det op på, ville det lette arbejdet og dermed være mindre ressourcekrævende."

Læs videre på side 5.

For lidt gazelle og for meget skildpadde i offentlige udbud

Tilknytningen af en udbudskonsulent skulle hjælpe gazelle-virksomheden PØ Data med at vinde flere offentlige udbud. Men lige lidt hjalp det. Udbudsreglerne er unødigt komplicerede, og indkøberne er for forsigtige.

offentlige udbud

Af Dorthe Pihl

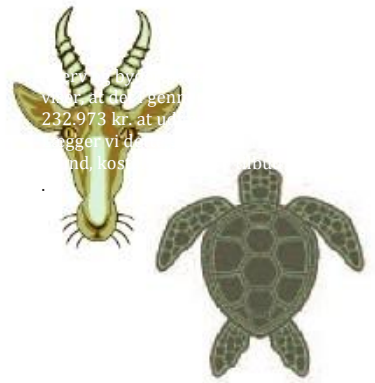
PØ Data blev i 2010 for andet år i træk kåret til Gazelle-virksomhed, og i 2009 fik virksomheden den ansete titel "Danmarks bedste konsulenthus". Samtidig er konsulenthuset med speciale i IT-branchen godkendt som leverandør til SKI - Statens og Kommunernes Indkøbs Service. Alligevel oplever direktør Pierre Ørndorf, at der eksisterer en form for mental barriere hos de offentlige indkøbere, når virksomheden byder ind på offentlige opgaver. Han savner mere mod og nytænkning hos de offentlige indkøbere. "PØ Data er en virtuel virksomhed

uden et stort domicil og firmabiler. Vi har tilknyttet 800 konsulenter, men har meget få fastansatte. Det er åbenbart meget grænseoverskridende for embedsmændene, at vi ikke er traditionelt organiserede. For nylig deltog vi i et udbud, hvor vi fik afslag med beskeden om, at de vurderede, at vores finansielle formue ikke var stor nok. Men vores styrke er jo netop, at vi kan skalere op og ned efter behov. Det gør os mere fleksible og agile end traditionelle virksomheder," vurderer direktør Pierre Ørndorf.

sælge eksterne konsulenter til andre virksomheder. Konsulenthuset er ofte underleverandør til de store konsulenthuse, når de skal løse opgaver for eksempelvis offentlige institutioner.

"Det er åbenbart meget grænseoverskridende for embedsmændene, at vi ikke er traditionelt organiserede."

Pierre Ørndorf, direktør, PØ Data



ensartede beskrivelser af kategorierne for konsulenternes kompetence niveau," siger han.

Urimeligt mange spørgsmål I stedet lever PØ Data primært af at



Pierre Ørndorf: "Der bliver stillet urimeligt mange spørgsmål og krav til vores tilbud."

Men Pierre Ørndorf ser mange fordele i at levere direkte til den offentlige kunde. Det kan komplicere arbejdet, når der er flere led. Men det er yderst ressourcekrævende at deltage i offentlige udbud. Det koster konsulenthuset minimum 100.000 kr. at byde på et offentligt udbud, skønner Pierre Ørndorf: "På trods af, at vi er godkendt SKI-leverandør, bliver der stillet urimeligt mange spørgsmål og krav til vores tilbud. Hvis det så i det mindste bare var de samme kategorier og den samme måde at stille det op på, ville det lette arbejdet og dermed være mindre ressourcekrævende. For eksempel savner jeg nogle anerkendte,

Nulfejlskultur bremser for innovationen Frustrationen over de komplicerede udbudsregler er ikke blevet mindre efter, at det har vist sig, at tilknytningen af en udbudskonsulent ikke har haft nogen effekt i forhold til at vinde de offentlige udbud: "Jeg oplever, at der i det offentlige er en stor frygt for at begå fejl. De offentlige indkøbere er derfor utroligt forsigtige, når de skal vælge leverandør. Det er måske også derfor, at de stiller så mange krav. Men når man er så bange for at begå fejl og tænke ud af boksen, så er det også meget svært at skabe innovation. At turde vove er at miste fodfæstet for en stund, som Kirkegaard sagde - og det er nødvendigt, hvis vi som samfund skal komme videre og skabe innovation," konkluderer direktøren for PØ Data.

Det er en dyr fornøjelse for erhvervslivet at give tilbud

Det kostede i 2011 danske virksomheder 4,6 milliard kr. at udfærdige tilbud på offentlige udbud, viser nye udregninger fra Dansk Erhverv.

offentlige udbud

Af Kristian Kongensgaard

Naturligvis vil der være et vist arbejde og dermed omkostninger forbundet med at give tilbud. Men 4,6 milliard kr. er mange penge for at udføre et stykke arbejde, som man ikke ved, om man får igen ved at vinde udbuddet. Mange virksomheder oplever imidlertid, at unyttigt bureaukratiske eller komplicerede

regler for udbud gør, at processerne er langt mere tidskrævende, end de burde være. Der blev i 2011 gennemført i alt 6.613 offentlige udbud, viser tal fra Udbudsvagten. Det dækker både over udbud for kommuner, stat, regioner og andre offentlige myndigheder. Dansk Erhverv forudsætter i sine beregninger, at der for hvert udbud er tre virksomheder, der kommer med et tilbud. Dette gennemsnit regnes for at være lavt sat. I alt blev der således givet 19.839 tilbud i 2011. En undersøgelse fra 4. kvartal 2011



Når kontrakten på et offentligt udbud skrives under, har det allerede kostet tilbudsgiverne mange penge. (Foto: Colourbox).

gennemført blandt 211 virksomheder, som er medlemmer af Dansk Er-

hverv og byder på offentlige opgaver, viser, at det i gennemsnit koster 232.973 kr. at udfærdige et tilbud. Lægger vi dette gennemsnit til grund, koster de 19.839 tilbud i alt 4.621.951.347 kr. Der er således tale om en voldsom økonomisk belastning for erhvervslivet. Det er uundgåeligt, at tilbudsarbejdet er ressourcekrævende, og at det under alle omstændigheder opvejes af de effektiviseringsgevinster som privatisering, offentlig-privat samarbejde og andre modeller indebærer. Men det er også klart, at der er et kolossalt potentiale for at spare ressourcer ved at gøre det lettere og dermed billigere for virksomheder at udfærdige tilbud - og det vil også gøre det muligt for det offentlige at få gennemført en udbudt opgave til en

Oversigt over omkostningerne ved udbud

Antal udbud	Antal tilbud	Pris per tilbud	Omkostning i alt
6.613	19.839	232.973 kr.	4,6 mio. kr.

Bilag 6: Folketingets Hørings svar af 12. april 2011, om Europa-Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011, KOM(2011) 15

Europaudvalget 2011
KOM (2011) 0015 Bilag 4
Offentligt

Europa-Kommissionen
Kommissæren for det indre marked og tjenesteydelser
Hr. Michel Barnier
B-1049 Bruxelles
Belgien

FOLKETINGET

Det Internationale Sekretariat

Christiansborg
DK-1240 København K

Tlf. +45 33 37 55 00
Fax +45 33 32 85 36

www.ft.dk
ft@ft.dk



Udtalelse om Kommissionens grønbog om offentlige indkøb - KOM (2011) 15 12. april 2011

Kære Hr. Michel Barnier

Hermed fremsendes Folketingets høringsvar om Kommissionens grønbog om offentlige indkøb - KOM (2011) 15.

Folketingets Erhvervsudvalg har drøftet grønbogen og har i den forbindelse udarbejdet nedenstående høringsvar. Folketingets Europaudvalg tilsluttede sig høringsvaret på sit møde den 3. april 2011.

På den baggrund udtaler et flertal i udvalgene (Venstre, Dansk Folkeparti og Konservative Folkeparti):

Den overordnede holdning er, at offentlige indkøb skal foretages bedst og billigst muligt. Det er dog den enkelte ordregivende myndighed – og ikke politikerne eller EU – der er bedst til at vurdere, hvordan det enkelte indkøb gennemføres. Udbudsreglerne bør derfor indrettes, så de i videst muligt omfang stiller de ordregivende myndigheder fri til selv at tilrettelægge deres indkøb. Revisionen af udbudsreglerne skal gøre det enklere og mere fleksibelt for de offentlige myndigheder at foretage indkøb, og ikke komplicere udbudsforretningen yderligere gennem obligatoriske krav om at forfølge specifikke politiske målsætninger.

Udbudsdirektiverne indeholder allerede mekanismer, der gør det muligt at tage hensyn til eksempelvis innovation, miljø, social ansvarlighed mv. Disse mekanismer kan dog eventuelt præciseres, så det gøres klarere for den udbydende myndighed, hvordan der kan tages højde for andre hensyn ved valg af leverandør. Det er dog centralt, at der er i denne forbindelse er tale om frivillige muligheder og ikke obligatoriske krav. Der skal således ikke stilles EU-krav til, hvad offentlige myndigheder køber ind.

En effektiv offentlig indkøbspolitik tjener et dobbelt formål – en effektiv udnyttelse af skatteydernes penge og fremme af konkurrence mellem leverandører.

EU's offentlige indkøbspolitik bør i en modernisering derfor som udgangspunkt sikre, at disse to formål forfølges, styrkes og udvides.

Ref. 11-000226-1

Kontakt
Thomas Fich
EU-Specialkonsulent

Dir. tlf. +45 33373611
Thomas.Fich@ft.dk

I Danmark foretager det offentlige årligt indkøb af varer og tjenesteydelser for ca. 270 mia. kr. Forudsætningen for effektive offentligt indkøb er dels, at indkøbet organiseres og varetages professionelt, dels at indkøbet foretages med udgangspunkt i at sikre den lavest mulige pris for varer og tjenesteydelser, der har den ønskede funktionalitet og kvalitet. På statens område er der i 2011 med udgangspunkt i denne tilgang – og alene på få, udvalgte varegrupper – opnået besparelser på ca. 1 mia. kr. årligt siden oprettelsen af statens indkøbsprogram. I den aktuelle økonomiske situation vil fordyrende tiltag være særdeles skadeligt.

Ubureaukratiske, gennemsigtige og tilgængelige vilkår for offentlige indkøb vil øge virksomhedernes interesse for at byde på offentlige opgaver. Det vil øge konkurrencen, og det vil betyde, at det offentlige kan indkøbe til bedre priser end nu. Samtidig fremmer fleksible og ubureaukratiske regler, at det offentlige anvender udbud og dermed sikrer en effektiv udnyttelse af de offentlige ressourcer.

Fokus bør derfor være på, at udbud sikrer, at der købes ind til den bedste pris, og øget anvendelse af social klausuler bør derfor ikke indføres som et krav i direktivet.

Brug af funktionsudbud, hvor opgaveløsningen ikke er fastlagt, men hvor det er op til leverandørerne at komme med tilbud til løsningen af en problemstilling og ikke gennem en bestemt proces, kan inden for en række områder med fordel bruges for at fremme innovationen i processen, således at det ikke i udbuddet på forhånd er veldefineret, hvordan en bestemt problemstilling/opgave skal løses.

Ligeledes vil en dialog mellem ordregiver og potentielle leverandører også kunne virke fremmende for en succesfuld anvendelse af udbud. Konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse vil kunne føre til nye måder at løse komplicerede opgaver på, hvor ordregiver på forhånd ikke eksakt kan beskrive, hvordan opgaven skal løses. Dermed skabes i dialog med leverandører nye opgaveløsninger, der kan være mere effektive og skabe innovative løsningsmodeller.

I forbindelse med udvælgelse af kvalificerede leverandører i prækvalifikationer, forhandlinger efter forudgående udbudsbekendtgørelse og konkurrencepræget dialog er det desuden vigtigt, at små og mellemstore virksomheder ikke diskrimineres ved at der opstilles krav, som udelukker disse virksomheder til trods for, at der ingen saglige og faglige begrundelser er for at udelukke små og mellemstore virksomheder

Det må altid alene være en national beslutning for ordregiver, hvorvidt udbud skal indeholde sociale krav mv.

Det er vigtigt, at små og mellemstore virksomheder ikke oplever krav og betingelser, som udelukker dem fra at kunne byde på offentlige opgaver. Det gælder krav og betingelser, som ikke har noget med den pågældende opgave at gøre, men som alligevel kræves for at byde på den pågældende opgave. Såfremt ordregiver ønsker at stille sådanne krav, er det alene en beslutning, som ordregiver selv beslutter – ikke EU. Ordregiver må dermed selv overveje, om sådanne krav og klausuler harmonerer med, at udbuddet fremmer konkurrence og effektivitet i indkøbsprocessen.

Et mindretal i udvalgene (Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Radikale) udtaler:

Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Radikale mener overordnet, at reglerne for udbud efter forhandling, dialogbaserede, prækommercielle indkøb samt funktionsudbud skal præciseres og fremmes.

EU's regler om offentlige indkøb skal i højere grad end i dag være juridisk klare og tage hensyn til små og mellemstore virksomheders (smv'ers) muligheder for at få del i offentlige indkøb. Partierne er åbne over for kommissionens tanker om, at der gives større valgfrihed i forbindelse med rækkefølgen af forundersøgelsen af udvælgelses- og tildelingskriterierne, samt at kun udvalgte kandidater eller den valgte udbudsgiver skal indsende og verificere dokumentation.

Samtidig mener vi, at bedst og billigst stadig skal være gældende, men der skal i højere grad end i dag være mulighed for, at bedst og billigst skal måles i forhold til livscyklusomkostningerne på større offentlige indkøb. F.eks. er vi umiddelbart åbne over for, at der stilles krav om, at der ved offentlige bygge- og anlægskontrakter skal tages hensyn til fremtidige energiomkostninger mv.

Vi er modsat regeringen åbne for, at der gennem indkøbene kan tages specifikke politiske hensyn. Vi mener, at det vil gavne EU's konkurrenceevne, hvis det bliver muligt at understøtte 2020-målene, ved at medlemsstaterne anvender "deres købekraft til at indkøbe varer og tjenesteydelser med en højere "samfundsmæssig" værdi med hensyn til at fremme innovation, respektere miljøet og bekæmpe klimaændringer, reducere energiforbruget, øge beskæftigelsen og forbedre folkesundheden og de sociale forhold samt fremme lighed og samtidig forbedre inddragelse af ugunstig stillede grupper" (s. 34-35).

Vi finder, at større krav om samfundsmæssig værdi i indkøbene vil forbedre Europas konkurrenceevne samtidig med, at det vil stille danske virksomheder – med stor andel af up-marked produkter – godt i den europæiske konkurrence.

Vi har i vores gennemgang nedenfor set specifikt på, hvordan der gennem indkøbene kan tages specifikke politiske hensyn til miljøbeskyttelse, innovation og social ansvarlighed herunder ikke mindst, hvordan det bliver at stille krav om, at virksomheder, der leverer til det offentlige, bidrager til at uddanne arbejdsstyrken.

1. De lovgivningsmæssige rammer for offentlige indkøb (spørgsmål 1-13)

De lovgivningsmæssige rammer for offentlige indkøb bør harmoniseres mest muligt.

Den nuværende struktur med opdeling i bygge- og anlægskontrakter og vare-, indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter bør afvikles, således at procedurerne for de to forskellige områder harmoniseres mest muligt. Der bør dog stadig være forskel på tærskelværdierne.

Opdelingen i A- og B-tjenesteydelser bør ikke ophæves, da det kan betyde bureaukratisering af udbud på det bløde område i Danmark.

Der gøres undtagelser for tidsfrister mv. på opgaver, hvor menneskelige relationer gør det uhensigtsmæssigt at bryde forløb, f.eks. hver gang kommuner laver et udbud. Det gælder for eksempel anbringelser af børn uden for hjemmet. Der bør være en nærmere kortlægning af opgaver af denne karakter, der skal undtages.

Vi mener, at der gennem WTO skal arbejdes for at hæve tærskelværdierne. Men vi mener ikke, at dette arbejde skal have opsættende virkning på revisionsprocessen.

Vi mener, at den nuværende definition af offentlige indkøbere er alt for snæver – og at det giver en række uhensigtsmæssigheder, f.eks. når indkøb i alle daginstitutioner i en kommune bliver samlet. Dertil kommer, at selvejende institutioner, fonde mm., der løfter opgaver for det offentlige, ikke bør være omfattet.

2. Bedre værktøjer for ordregivende myndigheder (spørgsmål 14-44)
Udbudsreglerne er i dag alt for detaljerede og dermed komplicerede. Det afholder mindre virksomheder fra at byde på opgaver. En simplificering er derfor et mål i sig selv.

Vi vil understøtte, at der kommer flere forhandlinger i forbindelse med offentlige indkøbsprocedurer, da det giver mulighed for flere innovative bud, hvis der åbnes op for dialog og teknisk afklaring mellem ordre- og tilbudsgivere.

Det kan være en god ide at arbejde med at anvende forenklede procedurer i forhold til standardvarer.

Vi mener, at det kan være hensigtsmæssigt i forhold til deltagelse af mindre virksomheder at åbne op for en mere fleksibel proces for tilrettelæggelse og rækkefølge af undersøgelse af udvælgelses- og tildelingskriterier. Således bør det kun være de virksomheder, der bliver valgt ud fra selve budet på kvalitet, pris mv., der bliver bedt om at dokumentere udvælgelseskriterierne.

Koncentration af indkøb kan være hensigtsmæssig i forhold til at opnå lavere pris på standardvarer samt for at mindske udbudsomkostninger, men det har også en række uheldige konsekvenser. Mindre virksomheder bliver de facto ofte udelukket fra markedet. Et for stort indkøb af standardvarer fører til min-

dre udvikling af den offentlige sektor samt til mindre innovation i virksomhederne. Vi vil derfor foreslå, at der ved fælles indkøb på tværs af institutioner sættes en del af indkøbet af til projektkonkurrencer efter regler om prækommercielle indkøb for særligt mindre virksomheder.

3. Et mere tilgængeligt europæisk indkøbsmarked (spørgsmål 45-61)

Grønbogen viser med al tydelighed, at de nuværende indkøbsprocedurer diskriminerer mindre virksomheder (s. 28-29). Vi mener derfor ikke, at de nuværende regler er smv-venlige nok.

Vi støtter forslag som, at der bliver mulighed for, at det kun er udvalgte kandidater, der skal indsende dokumentation, at der indføres en øvre grænse for krav til omsætning, at der bliver bedre muligheder for at opdele kontrakter i mindre partier mv.

Vi mener, at konkurrencen skal fremmes. Det kunne meget vel ske gennem opdeling af kontrakter i partier med grænser for, hvor stort antal partier, der kan tildeles en enkelt tilbudsgiver.

4. Strategisk brug af offentlige indkøb til håndtering af nye udfordringer (spørgsmål 62-97)

Vi mener, at den offentlige købekraft skal anvendes intelligent og strategisk ved at satse på at indkøbe varer og tjenesteydelser med en højere "samfundsmæssig" værdi for at fremme innovation, respektere miljøet og bekæmpe klimaændringer, reducere energiforbruget, øge beskæftigelsen og forbedre folkesundheden og de sociale forhold samt fremme lighed og samtidig forbedre inddragelse af ugunstigt stillede grupper.

For at fremme udviklingen i den offentlige sektor og fremme innovationen i virksomhederne skal der åbnes op for, at der i højere grad end i dag kan bruges funktions- og dialogbaserede udbudsformer.

Dertil kommer, at der skal åbnes mere op for at bruge en bredere fortolkning af mest fordelagtige tilbud, således at der fokuseres mindre på laveste pris.

Vi mener ikke, at der skal være begrænsninger i forhold til den score, der tildeles miljømæssige, sociale eller innovative kriterier. Vi mener, at der er behov for at tydeliggøre mulighederne og fordelene ved at bruge disse kriterier.

Vi mener, at livscyklusomkostninger bør være obligatoriske, hvor det er muligt, og finder at Kommissionens tjenestegrene bør udvikle en metode til livscyklusbaseret omkostningsberegning.

Vi mener, at der bør være muligheder for at ordregiver kan stille sociale og miljømæssige krav. F.eks. skal det være muligt at stille krav om miljømæssig påvirkning, overenskomstdækning og krav om, at tilbudsgiver lever op til ud-

dannelsesmæssige forpligtelser i form af f.eks. praktikpladser. Disse krav bør kunne differentieres i forhold til virksomhedernes størrelse

Det bør være muligt at stille krav til undersøgelse af, om leverandørerne lever op til de stillede krav i hele sin forsyningskæde.

Det bør være muligt at stille krav, der går ud over produktets karakteristika ved definition af tekniske specifikationer. F.eks. at kaffe har et Fair Trade mærke eller tilsvarende.

Vi mener, at der på EU-plan skal stilles krav til offentlige indkøb i den politikspecifikke lovgivning – f.eks. miljømæssige, energimæssige og sociale minimumskrav.

Vi er af den overbevisning, at der skal stilles større krav om innovation i de offentlige indkøb, og at den konkurrencebaserede dialog skal fremmes.

Vi vil foreslå, at der ved koncentration af indkøb på tværs af offentlige myndigheder sættes en mindre del af de sparede transaktionsudgifter af til at få udviklet nye produkter og løsninger af mindre virksomheder gennem prækommercielle indkøb.

For såvel konkurrencepræget dialog og prækommercielle indkøb er der behov for en præcisering i forhold til intellektuelle rettigheder.

Der er visse sociale områder, der med fordel kan undtages for udbudsreglerne. F.eks. daginstitutioner og det specialiserede område for børn og voksne.

5. Sikring af sunde procedurer (spørgsmål 98-110)
Ingen kommentarer

6. Tredjelandslieferandørers adgang til EU's marked (spørgsmål 111-114)
Der bør være adgang for alle leverandører uanset oprindelsesland til at byde på EU-udbud. Der bør være opmærksomhed på, om bud fra tredjelandslieferandører uden markedsmæssig status sker på lige konkurrencevilkår.

Med venlig hilsen

Helge Sander
Formand for Erhvervsudvalget

Anne-Marie Meldgaard
Formand for Europaudvalget

Bilag 7: European Commission: Directorate General Internal Market and Services, Public Procurement Policy: *Explanatory Note – Competitive Dialog, Classic Directive*



EXPLANATORY NOTE – COMPETITIVE DIALOGUE – CLASSIC DIRECTIVE¹

1. Introduction

In response to the finding that the "old" Directives, Directives 92/50/EEC, 93/36/EEC and 93/37/EEC, do not offer sufficient flexibility with certain particularly complex projects due to the fact that the use of negotiated procedures with publication of a contract note is limited solely to the cases exhaustively listed in those Directives, a new award procedure, the competitive dialogue, was introduced in the new Directive 2004/18/EC² (hereinafter referred to as the "Directive" or the "Classic Directive").

As set out in recital 31, the legislation has therefore set itself the objective of providing for "a flexible procedure ... which preserves not only competition between economic operators but also the need for the contracting authorities to discuss all aspects of the contract with each candidate." However, it should be noted that the competitive dialogue is a procedure which can only be used in the specific circumstances expressly provided for in Article 29.³

2. Field of application - Under what circumstances can the competitive dialogue be used?

2.1. Complexity and objective impossibility

The first condition is that the market in question should be "particularly complex". The second paragraph of Article 1(11)(c) envisages two types of markets that are regarded as being particularly complex, specifically "where the contracting authorities:

- are not objectively able to define the technical means capable of satisfying their needs or objectives and/or
- are not objectively able to specify the legal and/or financial make-up of a project."

¹ This document corresponds to document CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005

² Use of the negotiated procedures with opening to competition is not limited, either in the new Utilities Directive, Directive 2004/17/EC, or in the "old" Utilities Directive, Directive 93/38/EEC. Consequently, the competitive dialogue has not been introduced in the new Utilities Directive. However, there is nothing to prevent a contracting authority which has opted for a negotiated procedure with prior opening to competition from stipulating in the specifications that the procedure will be as laid down by the Standard Directive regarding the competitive dialogue.

³ Cf. the second sentence of the second subparagraph of Article 28.

These provisions should be read in the light of the first part of recital 31: "Contracting authorities which carry out particularly complex projects may, without this being due to any fault on their part, find it objectively impossible to define the means of satisfying their needs or of assessing what the market can offer in the way of technical solutions and/or financial/legal solutions. This situation may arise in particular with the implementation of important integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing the financial and legal make-up of which cannot be defined in advance."

In view of the fact that this is a special procedure whose use is regulated, it is necessary to examine on a case by case basis the nature of the market in question, taking account of the capacity of the contracting authority concerned to verify whether use of the competitive dialogue would be justified. This is because the concept of objective impossibility is not an abstract concept; it is mitigated by the preciseness of the recital under which the contracting authorities concerned find themselves in this situation "without this being due to any fault on their part". In other words, the contracting authority has an obligation of diligence – if it is in a position to define the technical resources necessary or establish the legal and financial framework, the use of the competitive dialogue is not possible.

It should be noted that amendments had been proposed during the legislative procedure aimed at limiting the use of competitive dialogue solely to cases where the prior organisation of a contest or the prior conclusion of a contract for the procurement of services (the completion of a study) would not have permitted the contracting authority to conclude the main contract (relating to the construction of a particularly complex project) through the use of an open or restricted procedure. This obligation has not been adopted by the legislation. The reason for this is that imposing it could present problems in certain cases, either as a result of the time required to conduct two award procedures and for the execution of the first contract or because of the risk that the first procedure could prove unproductive or the competition for the main contract would be insufficient if the service provider, the subject of the first contract, were to be excluded from participation in the second one in order to observe the principle of equality of treatment and/or the rule concerning the technical dialogue (recital 8).

2.2. Technical complexity

According to the wording of recital 31, technical complexity exists where the contracting authority is not able to define the means of satisfying its needs and/or able to achieve its objectives. Two cases may arise: either that the contracting authority would not be able to define the technical means to be used in order to achieve the prescribed solution; this should be fairly rare given the possibilities of establishing technical specifications – totally or partially - in terms of functionality or performance;⁴ or – which would occur more often – that the contracting authority would not be able to determine which of several possible solutions would be best suited to satisfying its needs. In both cases, the contract in question would have to be considered as being particularly complex.

Let us take the example of a contracting authority wanting to create a connection between the shores of a river – it might well be that the contracting authority cannot determine whether the best solution would be a bridge or a tunnel, even though it would

⁴ I.e. through the use of one of the methods laid down in Article 23(3)(b), (c) and (d).

be able to establish the specifications for the bridge (suspended, metal, in pre-stressed concrete, etc.) or the tunnel (with one or more tubes, to be constructed under or on the riverbed, etc.). In this case, use of a competitive dialogue would also be justified.

As recalled by recital 31 – and to the extent they are not configured as concessions contracts – technical complexity could be present in the case of certain projects relating to the construction of major integrated transport infrastructure projects or the construction of major computer networks (although such cases are also likely to present legal or financial complexities).

2.3. Legal or financial complexity

Recital 31 states that a financial or legal complexity “may arise in particular ... with the implementation of ... projects involving complex and structured financing the financial and legal make-up of which cannot be defined in advance.” Obviously, such issues arise very, very often in connection with projects of Public Private Partnerships.⁵

One possible example of legal or financial complexity might be a situation in which the contracting authorities cannot foresee whether the economic operators will be prepared to accept such an economic risk that the contract will be a concession contract or whether ultimately it will end up being a "traditional" public contract.⁶ In this situation a contracting authority considering it most likely that the contract will be a concession and consequently applying a procedure other than as laid down for public contracts⁷ would find itself faced with difficult choices if it were to turn out at the end of the procedure that the contract would after all be a public contract and not a concessions contract. This is because the contracting authority could either conclude the contract and commit an infringement of Community law, with all the resultant risks of appeals or infringement proceedings, or cancel the procedure and restart it using one of the procedures laid down for concluding public contracts. In such cases, the competitive dialogue allows these problems to be avoided: this is because the procedural requirements would be satisfied whether the contract results in a public contract or a concessions contract.

Another example of legal or financial complexity which could justify the use of the competitive dialogue (yet again concerning a form of private financing, or even a public-private partnership) can be found in the Commission's administrative practice: the contracting authority planned to rebuild a school and wanted to limit the costs of this as much as possible by allowing the economic operators to propose different ways of remuneration by using land belonging to the contracting authority for various purposes

⁵ There is, however, no automaticity - calling something a “PPP-project” does not in itself entail legal or financial complexity; it must always be examined whether the concrete case meets the conditions or not even though that will most often be the case.

⁶ Of course, if the contracting authority is able to anticipate that the contract will definitively take the form of a concession of services – and this proves to be the case – it is not obliged to apply the provisions of the Directive (including those relating to the competitive dialogue) and can use a procedure which satisfies the requirements arising out of the Treaty (cf. footnote 6).

⁷ Depending on the case, either the procedure laid down by concessions of works or a procedure complying with the requirements arising out of the Treaty, as interpreted by the Telaustria case-law.

(housing construction, sports facilities, etc.), together with payment or not.⁸ In the case in question this was a works contract and not a concession. Other examples of projects that most often justify recourse to the competitive dialogue could be projects in which the contracting authorities wish to have at their disposal a facility (school, hospital, prison, etc.) to be financed, built and operated by an economic operator (i.e. the latter would take care of maintenance works, maintenance services, guard services, catering services, etc.), often for a fairly long period. The legal and financial set-up is very often particularly complex and it may furthermore be uncertain from the outset whether the end result will be a concession or a public contract.

3. Conduct of the procedure

3.1. Contract notice, descriptive document and selection of economic operators

The contracting authority makes known its "needs and requirements" in the contract notice and it defines them in the notice itself and/or in a descriptive document.⁹ The substantial or fundamental elements of the notice and of the descriptive document may not be modified during the award procedure.¹⁰

As the selection is carried out "in accordance with the relevant provisions of Articles 44 to 52",¹¹ the notice will have to state the minimum capacity levels. Where the competitive dialogue is justified by technical complexity, the contracting authorities can establish their requirements concerning the technical capacity of the economic operators on the basis of the definition of needs and requirements. If, for example, the contract relates to the establishment of an integrated transport infrastructure intended to serve a geographic area of size x with a transport capacity of y persons/hour without specifying a precise combination of the various means of transport, the candidates will have to prove their capacity to build such transport systems whatever the combination of means of transport they use for this purpose.

If the contracting authorities intend to limit the number of participants to be invited to the dialogue (at least three), the notice will also have to contain "the objective and non-

⁸ In the case in question, the contracting authority used a negotiated procedure with the publication of a contract notice, invoking an exemption from Directive 93/37/EEC corresponding to that laid down in Article 30(1)(b) of the Standard Directive ("in exceptional cases, when the nature of the works, supplies, or services or the risks attaching thereto do not permit prior overall pricing"). However, this derogation is to cover solely the exceptional situations in which there is uncertainty a priori regarding the nature or scope of the work to be carried out; it does not cover situations in which the uncertainties result from other causes, such as the difficulty of prior pricing owing to the complexity of the legal and financial package put in place.

⁹ The "descriptive document" is the counterpart of the traditional "specifications". The term "descriptive document" was chosen to indicate that it was a document that may be less detailed and/or more prescriptive than "normal" specifications. It should be emphasised that the descriptive document may, for example, envisage legal/administrative/contractual conditions which will form part of the common basis for the conduct of the procedure and the preparation of tenders.

¹⁰ See the end of the second subparagraph of Article 29(6) and the end of the second sentence of Article 29(7).

¹¹ Article 29(3).

discriminatory criteria or rules they intend to apply, the minimum number of candidates they intend to invite and, where appropriate, the maximum number."¹²

Where the contracting authorities intend to make use of the opportunity laid down in Article 29(4)¹³ to gradually reduce the number of solutions to be discussed during the dialogue phase, they have to indicate this in the contract notice or the descriptive document.

Under Annex VII A, "contract notices"¹⁴, point 23, first sentence, the notice should state which of the "criteria referred to in Article 53 [are] to be used for award of the contract: 'lowest price' or 'most economically advantageous tender'". In the case of the competitive dialogue, the award criterion must be the most economically advantageous tender.¹⁵

The criteria to be used for the identification of the most economically advantageous tender¹⁶ should appear in the contract notice if they do not appear in the descriptive

¹² Article 44(2) and (3). Article 44(3) envisages the invitation of at least three candidates, "provided a sufficient number of suitable candidates is available." It is specified in the third subparagraph of this paragraph that "Where the number of candidates meeting the selection criteria and the minimum levels of ability is below the minimum number, the contracting authority may continue the procedure by inviting the candidate(s) with the required capabilities. In the context of this same procedure, the contracting authority may not include other economic operators who did not request to participate, or candidates who do not have the required capabilities."

¹³ See section 3.2.1 below. This possibility may be used either instead of the limitation of the number of participants to invite at the beginning of the dialogue (see the paragraph below) or on top of the initial limitation.

¹⁴ The contract notice contains information that may give rise to questions in the context of a competitive dialogue. Thus, point 6(b), first indent, requires contracting authorities to indicate whether tenders are "requested with a view to purchase, lease rental, hire or hire purchase or a combination of these". In the case of a competitive dialogue, contracting authorities may often not know which of these forms of contracts will be appropriate - they will therefore have to indicate that tenders may take any of these forms, at the tenderer's choice. Under point 9 of the notice, contracting authorities must indicate whether variants are admitted or not. Variants are useful only as "alternatives" to a "standard" solution / "standard" requirements - given that "standard" solutions will rarely be prescribed in the context of a competitive dialogue, the need to have recourse to variants will doubtlessly be very limited. If, however, contracting authorities find that they need to provide for the possibility of deviating from certain requirements which would otherwise be applicable, then they must not only indicate in the notice that variants are allowed, but also - and above all - indicate (in the descriptive document) what "the minimum requirements to be met by the variants and any specific requirements for their presentation" (Art. 24(3)) are. Deviations from substantial or even fundamental prescriptions during the award procedure are not possible unless explicit provision is made for such a possibility right from the beginning of the procedure. Similarly, any division into lots and the possibility of tendering for one, more or all of the lots must be mentioned in the notice as the introduction of such possibilities during the procedure would constitute a fundamental change to the award procedure. The contracting authority might also wish to have the right to draw on options - for instance, in the case of a contract to create a transport system in a given zone, the possibility of extending the system to a greater area. In this case, too, contracting authorities must indicate this possibility in the contract notice - otherwise, such options will not be possible.

¹⁵ See the second subparagraph of Article 29(1).

¹⁶ For example, "price, technical value, environmental characteristics ..."

document.¹⁷ The relative weighting of the criteria or, under the conditions laid down in the third subparagraph of Article 53(2), the decreasing order of importance of the criteria should appear in the contract notice, the descriptive document or the invitation to participate in the dialogue.¹⁸ In respect of weighting, the Directive provides that "where, in the opinion of the contracting authority, weighting is not possible for demonstrable reasons, the contracting authority shall indicate in the contract notice or contract documents or, in the case of a competitive dialogue, in the descriptive document, the criteria in descending order of importance." This provision should be applied in the light of the explanations provided in the second subparagraph at the end of recital 46: "Contracting authorities may derogate from indicating the weighting of the criteria for the award in duly justified cases for which they must be able to give reasons, where the weighting cannot be established in advance, in particular on account of the complexity of the contract. ..." Given that recourse to competitive dialogue presupposes that the contract is "particularly complex", it seems almost tautological that the conditions for not weighting the award criteria should therefore be met when the contract is awarded by this award procedure – contracting authorities may instead limit themselves to mentioning the criteria in decreasing order of importance.

It should be stressed that the award criteria (and the order of their importance) may not be changed during the award procedure (that is, at the latest after the transmission of the invitations to participate in the dialogue) for obvious reasons of equal treatment; in fact, any changes to the award criteria after this stage in the procedure would be introduced at a time when the contracting authority could have obtained knowledge of the solutions that are proposed by the different participants. The possibilities of "steering" the procedure in favour of one or the other participants would be all too obvious, and even more so in those cases where these same award criteria were used to gradually reduce the number of solutions to be examined (see point 3.2.1 below and, in respect of the criteria themselves, footnote 16 above).

After the expiry of the time for submission of applications to participate¹⁹ and after having made their selection, the contracting authorities send an invitation to participate in the dialogue to the candidates selected. This invitation must be in accordance with the provisions of Article 40.

3.2. The dialogue stage

Under Article 29(3), "contracting authorities shall open, with the candidates selected in accordance with the relevant provisions of Articles 44 to 52, a dialogue the aim of which shall be to identify and define the means best suited to satisfying their needs. They may

¹⁷ See Annex VII A, "contract notices", section 23, second sentence. As with selection criteria, the award criteria may be established in terms of the needs and requirements of the contracting authority. Thus, in the example referred to above of an integrated transport infrastructure, the award criteria could be the cost of establishment and management for the contracting authority, the environmental impact of the system, the level of comfort offered, the frequency of service, the transport capacity of the system, accessibility to the system for handicapped persons, the safety of the system, etc., i.e., criteria that may be applied whatever the technical solution proposed. Of course, these criteria and the manner in which they are applied will have to be specified in the contract documents.

¹⁸ See Article 53(2) and Article 40(5)(e).

¹⁹ To be established in accordance with the provisions of Article 38.

discuss all aspects of the contract with the chosen candidates during this dialogue." This latter provision should be underlined: the dialogue may therefore relate not only to "technical" aspects, but also to economic aspects (prices, costs, revenues, etc.) or legal aspects (distribution and limitation of risks, guarantees, possible creation of special purpose vehicles, etc.).

The Directive does not regulate the conduct of the dialogue in detail; it limits itself to placing it within the framework of the provisions of the second and third subparagraphs of Article 29(3).²⁰ Under this latter provision, the starting point is that the dialogue should be carried out individually with each of the participants on the basis of the ideas and solutions of the economic operator concerned. Except with the consent of the parties concerned,²¹ there is therefore no danger of "cherry-picking" – i.e. the use of the ideas and solutions of one of the participants by another one – and confidentiality is further protected by a general provision on the subject, Article 6.²² Moreover, participants may also, as appropriate, benefit from the protection laid down by – Community or national – legislation on intangible property. It should therefore be noted that the competitive dialogue is the only award procedure laid down by the Directive providing protection for ideas not subject to intangible property rights – in particular, no provision comparable to that in the third subparagraph of Article 29(3) exists for the negotiated procedure.²³

During the course of the dialogue, contracting authorities may ask the participants to specify their proposals in writing, possibly in the form of progressively completed/refined tenders, as implicitly assumed in Article 29(5).²⁴ Aware of the fact that this may require considerable investment for the economic operators concerned, the Community legislation wished to indicate that it may be particularly appropriate in the

²⁰ "During the dialogue, contracting authorities shall ensure equality of treatment among all tenderers. In particular, they shall not provide information in a discriminatory manner which may give some tenderers an advantage over others.

Contracting authorities may not reveal to the other participants solutions proposed or other confidential information communicated by a candidate participating in the dialogue without his/her agreement."

²¹ It would be possible for contracting authorities to stipulate in the tender notice or in the descriptive document that acceptance of the invitation to participate implies consent.

²² "Without prejudice to the provisions of this Directive, in particular those concerning the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 35(4) and 41, and in accordance with the national law to which the contracting authority is subject, the contracting authority shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated as confidential; such information includes, in particular, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders."

²³ The Commission has had to deal with cases concerning negotiated procedures – with or without publication – used in situations where a competitive dialogue could have been justified. Despite the absence of any provision aimed at prohibiting it, it should be noted that none of them related to "cherry-picking" situations, etc.

²⁴ "The contracting authority shall continue such dialogue until it can identify the solution or solutions, if necessary after comparing them, which are capable of meeting its needs."

case of the competitive dialogue to specify "prices²⁵ or payments to the participants in the dialogue".²⁶

3.2.1. Gradual limitation of the number of solutions to be examined

Under Article 29(4), contracting authorities may "provide for the procedure to take place in successive stages in order to reduce the number of solutions to be discussed during the dialogue stage by applying the award criteria²⁷ ...". The very complexity of the contract, coupled with the necessity for the contracting authorities of comparing several solutions and being able to take decisions which can subsequently be justified, requires that the application of the award criterion be based on written documents. Whether these documents are qualified as "outline solutions", "project proposals", "tenders" or other is not specified in the Directive – it is in any case clear that even if considered to be "tenders", they cannot be required to contain "all the elements required and necessary for the performance of the project" given that this requirement only applies to tenders that are submitted in the final stage of the competitive dialogue (cf. Article 29(6)).²⁸ It should be noted that it is the number of solutions to be discussed which is directly referred to by gradual reduction.²⁹ However, the reduction in the number of solutions must remain within the limits laid down in the last sentence of Article 44(4): "In the final stage³⁰, the number arrived at shall make for genuine competition ...". The Directive specifies that this rule only applies "insofar as there are enough solutions or suitable candidates." Reduction by application of the award criteria might therefore show that there is only one

²⁵ In this context the term "price" should be understood in the meaning of "prize" or "award", i.e. as being directly based on the provision in Article 67(2)(b) on design contests.

²⁶ See Article 29(8). Strictly speaking, this provision would be unnecessary, since such prices or payments could be provided for even in the absence of such a provision, as there is nothing in the Directive to prevent them. If the provision nevertheless appears in the finally adopted Directive, it is only as a "signal" and it should be emphasised that conclusions to the contrary should not be drawn concerning the possibility of such prices or payments in relation to award procedures other than the competitive dialogue. See in this sense the second subparagraph of Article 9(1), which is not limited solely to the competitive dialogue ("Where the contracting authority provides for prizes or payments to candidates or tenderers it shall take them into account when calculating the estimated value of the contract.").

²⁷ See the fourth subparagraph of point 3.1 above.

²⁸ As is the case with the final tender, the Directive does not establish precise time limits for the submission of tenders within the framework of a competitive dialogue. Such time limits must however be established in compliance with Article 38(1) ("When fixing the time limits for the receipt of tenders and requests to participate, contracting authorities shall take account in particular of the complexity of the contract and the time required for drawing up tenders") and the principle of equality of treatment.

²⁹ In the majority of cases, participants will only have developed one solution each and the elimination of the solution therefore also entails the elimination of the economic operator concerned. However, there is nothing in the Directive to prevent the contracting authorities from allowing the participants to develop several solutions.

³⁰ In the context of the competitive dialogue, this relates to the final tenders laid down in Article 29(6).

appropriate candidate or solution, which does not prevent the contracting authorities from continuing with the procedure.³¹

3.3. End of the dialogue, final tenders and award of the contract

At the appropriate time, the awarding authority declares the dialogue concluded and informs the participants of this.³² It asks them to submit their "final tenders on the basis of the solution or solutions presented and specified during the dialogue." Generally speaking, these final tenders are based on the solution (or possibly solutions) of each of their participants – it is only in the scenario of an agreement referred to in the third subparagraph of Article 29(3) on the part of the economic operator or operators concerned that the contracting authority could ask the participants to base their final tender on a solution common to all. Normally, there is not therefore a new set of specifications or descriptive document at the end of the dialogue. The Directive provides that "these tenders shall contain all the elements required and necessary for the performance of the project" – they are therefore complete tenders.

Once these final tenders have been received, the contracting authority may, under the second subparagraph of Article 29(6), ask for them to be to be "clarified, specified and fine-tuned ... However, such clarification, specification, fine-tuning or additional information may not involve changes to the basic features of the tender or the call for tender, variations in which are likely to distort competition or have a discriminatory effect." The wording of this provision – like that of the second subparagraph of paragraph 7 – was based largely on a statement by the Council:³³ "The Council and the Commission state that in open and restricted procedures all negotiations with candidates or tenderers on fundamental aspects of contracts, variations in which are likely to distort competition, and in particular on prices, shall be ruled out; however, discussions with candidates or tenderers may be held but only for the purpose of clarifying or supplementing the content of their tenders of the requirements of the contracting authorities and provided this does not involve discrimination." In the light of the precise wording of the last sentence of recital 31,³⁴ it may therefore be considered that the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited.

Under the first subparagraph of Article 29(7), the final tenders are then assessed on the basis of the award criteria and the most economically advantageous tender is identified. Where necessary and at the request of the contracting authority, the tenderer identified as

³¹ Obviously, the provisions of Article 41 concerning justification of the various decisions taken during an award procedure are also applicable in this context.

³² See the first subparagraph of Article 29(6).

³³ Published in OJ L 210 of 21.7.1989, p. 22. This statement accompanied Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989, amending Directive 71/305/EEC concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts. The statement relates to Article 5(4) of Directive 71/305/EEC.

³⁴ "However, this procedure must not be used in such a way as to restrict or distort competition, particularly by altering any fundamental aspects of the offers, or by imposing substantial new requirements on the successful tenderer, or by involving any tenderer other than the one selected as the most economically advantageous."

having submitted the most economically advantageous tender "may be asked to clarify aspects of the tender or confirm commitments contained in the tender provided this does not have the effect of modifying substantial aspects of the tender or of the call for tender and does not risk distorting competition or causing discrimination." It must be emphasised that this does not entail any negotiations solely with this economic operator – amendments aimed at authorising such negotiations were proposed and rejected by the Community legislative process. It relates to something much more limited, specifically "clarification" or "confirmation"³⁵ of undertakings already appearing in the final tender itself. This provision should also be interpreted in the light of the last sentence of recital 31, as cited in footnote 33.

In conclusion, the competitive dialogue may be summarised, by way of simplification, as a particular procedure which has features in common with both the restricted procedure and the negotiated procedure with the publication of a contract notice. The dialogue mainly distinguishes itself from the restricted procedure by the fact that negotiations concerning every aspect of the contract are authorised and from the negotiated procedure by the fact that, essentially, negotiations are concentrated within a particular phase in the procedure.

³⁵ This possibility of confirming undertakings at the very last stage before the conclusion of the contract but after the identification of the most economically advantageous tender has been provided in particular in order to take account of the reluctance of financial institutions to subscribe to firm undertakings before this stage of a procedure.

Bilag 8: Konkurrencestyrelsens vejledning til tilbudsdirektiverne af 30. juni 2006.

Dokumentet er i sin helhed 213 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 79-82

6.1.3 Konkurrencepræget dialog

I Generelt

Den konkurrenceprægede dialog er en udbudsform, der ikke fandtes i de tidligere udbudsdirektiver. Denne udbudsform er en hybrid mellem udbud efter forhandling og et traditionelt udbudsforløb, dvs. et begrænset udbud. Den konkurrenceprægede dialog er en fleksibel udbudsprocedure, der giver ordregiverne mulighed for at drøfte løsningen af en opgave med potentielle tilbudsgivere.

Den konkurrenceprægede dialog sondrer mellem en dialogfase og en fase, der indeholder egentlig tilbudsgivning. Der er en grundlæggende forskel mellem de to faser:

- I dialogen må ordregiver drøfte alle aspekter af kontrakten med den enkelte virksomhed, herunder de økonomiske forhold.
- I tilbudsgivningsfasen kan der alene ske en teknisk afklaring og præcisering samt justering af uklare elementer ved tilbudet. Mulighederne for yderligere dialog eller forhandling er udtømte på dette tidspunkt.

Den konkurrenceprægede dialog er defineret i udbudsdirektivets [art. 1, stk. 11, litra c](#)). De nærmere betingelser for, hvornår udbudsformen kan anvendes, findes i direktivets [art. 29](#). Denne bestemmelse beskriver også, hvordan den konkurrenceprægede dialog skal gennemføres.

Udover disse bestemmelser skal ordregivere, der gør brug af denne udbudsform, især være opmærksomme på direktivets bestemmelser i afsnit II, [kapitel VI](#) om offentliggørelse af bekendtgørelser, frister for modtagelse af ansøgninger m.v.

Endeligt er det vigtigt at være opmærksom på, at der i direktivets [betragtninger 31](#) og [41](#) er angivet generelle principper og retningslinjer for anvendelsen af den konkurrenceprægede dialog. Betragtningerne skal derfor bruges som fortolkningsbidrag til direktivets bestemmelser.

II. Hvornår kan den konkurrenceprægede dialog anvendes?

Efter direktivets [art. 29, stk. 1](#) kan ordregivere kun gøre brug af den konkurrenceprægede dialog ved indgåelse af særligt komplekse kontrakter, hvor offentligt eller begrænset udbud ikke er anvendeligt.

Hvad der forstås ved en "særligt kompleks kontrakt" fremgår af [art. 1, stk. 11, litra c](#)), i direktivet. En offentlig kontrakt anses for at være "særligt kompleks" i følgende tilfælde:

- Hvor det ikke er objektivt muligt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde ordregivers behov og formål og/eller
- Hvor det ikke er objektivt muligt at præcisere de retlige og/eller de finansielle forhold i forbindelse med et projekt.

Udbudsdirektivet indeholder ikke en positivliste over de situationer, hvor anvendelse af konkurrencepræget dialog er berettiget.

Afvejningen må derfor i stedet bero på en konkret vurdering. Ordregivere kan dog få vejledning i direktivets [betragtning 31](#). Betragtningen nævner netop nogle af de situationer, hvor det kan være svært på forhånd at have fuldstændig klarhed over, hvad markedet kan tilbyde, og hvor der derfor kan være behov for at anvende den konkurrenceprægede dialog.

Eksempel

Dette kan fx være tilfældet, når:

- ordregiver skal indkøbe et nyt IT-system
- ordregiver skal gennemføre et kompliceret transportinfrastrukturprojekt eller
- der er tale om et område, hvor den teknologiske udvikling går hurtigt.

Derudover kan den konkurrenceprægede dialog anvendes i tilfælde, hvor udførelsen af et projekt indebærer kompleks, struktureret finansiering, og hvor de finansielle og de juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen. Dette kan fx være tilfældet ved planlægning og gennemførelse af OPP-projekter (Offentlig-private Partnerskaber).

Den "umulighed" direktivet henviser til, skal forstås som et absolut begreb. Det er altså ikke tilstrækkeligt, at den konkrete ordregiver har vanskeligt ved at opstille kravene, fordi vedkommende fx ikke er vant til at gennemføre udbud. Der må derimod være tale om, at typen af opgave generelt vanskeligt lader sig beskrive. Der må herudover tages hensyn til, om ordregiver nemt kan skaffe sig hjælp til beskrivelsen hos professionelle.

III. Hvordan forløber den konkurrenceprægede dialog?

1. Indledning af proceduren

1.1. Offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse

Når en ordregiver har besluttet at anvende den konkurrenceprægede dialog, skal ordregiver offentliggøre en udbudsbekendtgørelse. Bekendtgørelsen skal indeholde en beskrivelse af ordregivers behov og krav. Den kan suppleres af et beskrivende dokument, som uddyber sagen. Ordregiver skal dog ikke udarbejde et almindeligt udbudsmateriale.

Tildelingskriteriet skal altid være det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette følger af direktivets [art. 29, stk. 1](#). Valget af underkriterier skal fremgå enten af bekendtgørelsen, af det beskrivende dokument eller opfordringen til dialog. Det er ikke et krav, at de ordregivende myndigheder vægter tildelingskriterierne ved udbud efter konkurrencepræget dialog. Det fremgår af betragtning 46, at de ordregivende myndigheder i særlige tilfælde kan undlade at oplyse, hvordan de vægter tildelingskriterierne, når vægtningen ikke kan fastsættes i forvejen, især pga. kontraktens kompleksitet. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at betingelserne for at undlade vægtning under alle omstændigheder er opfyldt i de situationer, hvor ordregiveren er berettiget til at anvende konkurrencepræget dialog. De ordregivende myndigheder skal i sådanne tilfælde oplyse kriteriernes prioriterede rækkefølge med de vigtigste kriterier først.

En ordregiver har mulighed for at beslutte, at selve dialogen skal forløbe over flere faser for at begrænse antallet af løsninger, der skal diskuteres under dialogen. I dette tilfælde skal ordregiver oplyse i udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument, at denne fremgangsmåde vil blive anvendt.

1.2. Frister for modtagelse af ansøgninger om deltagelse

Direktivets [art. 38, stk. 3, litra a\)](#) fastsætter, at fristen for modtagelse af ansøgninger om deltagelse i dialogen skal være mindst 37 dage. Fristen regnes fra datoen for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Under visse betingelser er der mulighed for at afkorte denne frist. Se nærmere herom i [kapitel 7](#) om offentliggørelse, frister og kommunikation.

1.3. Udvælgelse og opfordring til at deltage i dialogen

Når fristen for modtagelse af ansøgninger om deltagelse er udløbet, udvælger ordregiver et antal virksomheder, som ordregiver vil indlede dialog med. Udvælgelsen skal ske efter de almindelige regler om udvælgelse, se [kapitel 9](#) om udvælgelseskriterier. I denne fase minder proceduren om et almindeligt begrænset udbud.

Udbudsdirektivets [art. 44, stk. 3](#) fastsætter, at det mindste antal af udvalgte ansøgere skal være 3. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen angive de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler, de agter at anvende, de mindste antal ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive tilbud, og en eventuelt største antal ansøgere. Hvis ordregiveren vil bruge muligheden for at lade dialogen forløbe som et "udskillelsesløb" må der efter alt at dømme inviteres mere end tre deltagere far start. Ellers vil det ikke være muligt i slutfasen stadig have et antal, der sikrer reel konkurrence.

Ordregiver skal samtidigt og skriftligt opfordre de udvalgte ansøgere til at deltage i dialogen. Dette følger af direktivets [art. 40, stk. 1](#).

Der stilles endvidere krav til, hvilke oplysninger opfordringen til at deltage i dialogen skal indeholde. Det drejer sig typisk om oplysninger vedrørende udbudsbekendtgørelsen, den dato og den adresse, der er fastsat for indledningen af høringen, hvilke dokumenter der skal vedlægges m.v. En komplet liste over de påkrævede oplysninger findes i [art. 40, stk. 2, stk. 3 og stk. 5](#).

- ☐ Det er vigtigt at bemærke, at visse oplysninger først skal angives i opfordringen til at afgive tilbud, og ikke i opfordringen til at deltage i dialogen. Dette gælder oplysninger om fristen for modtagelse af tilbud, om adressen, hvor tilbudene skal sendes til, samt om krav til sproget.

2. Dialogfasen

Under dialogen med de enkelte virksomheder er formålet at indkredse og fastlægge, hvordan udbyders behov kan opfyldes. I dialogen kan alle aspekter ved kontrakten drøftes, herunder de økonomiske forhold vedrørende løsning af opgaven. I denne fase minder proceduren derfor om et udbud efter forhandling.

Ordregivere skal sikre, at alle deltagere behandles lige under dialogen. Det er især vigtigt, at ordregivere ikke videregiver oplysninger, som kan stille nogle deltagere bedre end andre.

Herudover følger det af [art. 29, stk. 3](#), at ordregiver ikke uden samtykke må afsløre de løsninger, som en deltager har foreslået, over for andre deltagere. Ordregivere må heller ikke uden samtykke afsløre andre fortrolige oplysninger, som en deltager i dialogen har meddelt.

Dette medfører, at dialogen føres individuelt mellem ordregiver og den enkelte deltagende virksomhed. Udgangspunktet er endvidere, at dialogen baseres på den enkelte virksomheds løsningsforslag. Kun i den situation, hvor der er givet samtykke, vil elementer fra én løsning kunne bruges generelt.

Som nævnt ovenfor kan ordregiver lade dialogen forløbe i flere faser. Hvis ordregiven benytter sig af denne mulighed, skal brugen af denne fremgangsmåde være beskrevet i udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument. Når dette er tilfældet, begrænser ordregiver efterhånden antallet af løsninger, der skal drøftes. Ordregiver foretager udskillelsen ved hjælp af de fastsatte tildelingskriterier, jf. [art. 44, stk. 4](#).

Dette betyder også, at den tilbudsgiver, der har foreslået den fravalgte løsning, udgår af konkurrencen, medmindre pågældende har foreslået yderligere løsninger, som stadig er med i feltet.

Dialogen fortsætter, indtil ordregiveren har indkredset den eller de løsninger, der kan opfylde behovet. På dette tidspunkt afslutter ordregiver dialogen.

3. Tilbudsgivningsfasen

Når ordregiver har erklæret dialogen for afsluttet, skal deltagerne underrettes herom. Herefter indtræder en tilbudsgivningsfase. I denne fase gennemføres proceduren igen som et almindeligt begrænset udbud med enkelte modifikationer.

Nu opfordrer ordregiver deltagerne til at afgive deres endelige tilbud på grundlag af de løsninger, der er forelagt og præciseret under dialogen svarende til, hvad der populært kaldes "best and final offer".

Direktivet indeholder ikke en særlig frist for afgivelsen af tilbud. Denne frist fastsættes af ordregiver. Fristen for modtagelse af tilbud skal dog fremgå af opfordringen til at afgive tilbud. Dette følger af direktivets [art. 40 stk. 5, sidste led](#).

Udover fristen skal opfordringen til at afgive tilbud indeholde oplysninger om adressen, hvor tilbudene skal sendes til og det eller de sprog, som tilbudene skal være udarbejdet på.

Direktivet indeholder således både krav til opfordringen til at deltage i dialogen, som er beskrevet ovenfor under punkt 1.3, og krav til opfordringen til at afgive tilbud.

Efter direktivets [art. 29, stk. 6](#) skal tilbudene indeholde alle elementer, der er nødvendige for projektets gennemførelse.

Direktivteksten i [art. 29, stk. 6](#) præciserer ikke, hvorvidt tilbudsgiverne skal give tilbud på én og samme løsning eller på hver sin løsning. Efter styrelsens opfattelse må bestemmelsen dog forstås således, at den

enkelte virksomhed som udgangspunkt giver tilbud på sit eget løsningsforslag. Dette understøttes af, at ordregiver ikke uden samtykke må afsløre en deltagers løsning overfor andre deltagere, og at der ikke udarbejdes udbudsmateriale efter afslutningen af dialogen.

I tilfælde, hvor ordregiver har fået samtykke til at bruge en tilbudsgivers løsning eller dele heraf, vil der dog kunne forekomme et samlet koncept, der gives tilbud på. Det skal i denne forbindelse nævnes, at der er mulighed for at betale tilbudsgiverne for deres løsningsforslag.

Ordregivere skal i tilbudsfasen være opmærksomme på, at det ikke længere er muligt at forhandle eller føre dialog.

Efter tilbudene er afgivet, kan der alene ske afklaring af tilbuddene, præcisering af uklare elementer ved tilbudene og tilpasning af tilbuddene. Det er udtrykkeligt fastsat i direktivets [art. 29, stk. 6](#), at dette ikke må medføre, at der ændres ved grundlæggende elementer i tilbudet eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvis denne ændring ikke kan ske uden fare for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Når tilbudene er kommet ind, foretager ordregiver en vurdering baseret på de tildelingskriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument, jf. direktivets [art. 29, stk. 7](#).

Efter vurderingen er foretaget, vælger ordregiver den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ordregivere kan træffe bestemmelser om priser og betaling til deltagerne i dialogen for den kreative indsats, der ligger i udarbejdelsen af løsningsforslag. Det er i denne forbindelse vigtigt som ordregiver at være opmærksom på, at deltagelse i den konkurrenceprægede dialog – på samme måde som deltagelse i projektkonkurrencer og totalentreprisekonkurrencer – stiller helt andre krav til virksomhedernes ressourceanvendelse og kreative indsats end almindelig tilbudsgivning.

Når kontrakten er indgået, skal ordregiveren på sædvanlig vis fremsende en meddelelse herom til Kommissionen, dvs. publikationskontoret. Efter direktivets [art. 35, stk. 4](#) skal meddelelsen sendes senest 48 dage efter kontraktens indgåelse.

Bilag 9: Styrelsen for Forskning og Innovation under Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående uddannelser - Definitioner. (Hjemmeside)

11/05/12

Definitioner — Styrelsen for Forskning og Innovation

Definitioner

Definitioner af betydning for mulighederne for at søge støtte

Forskning og udvikling

Definitionen af FoU er baseret på OECD definitionen af "Research and Development" (R&D).

Støtten fra Rådet for Teknologi og Innovation gives til forskningsprojekter hvor virksomheder og videninstitutioner samarbejder.

Videnkupon gives til støtte af FoU-projekter. Forskning og udvikling: omfatter skabende arbejde foretaget på et systematisk grundlag for at øge den eksisterende viden, samt at udtænke nye anvendelsesområder. FoU-begrebet omfatter forskning inden for teknik, naturvidenskab, sundhed, jordbrugs- og veterinærområdet samt kendskabet til samfundet. Dette betyder, at f.eks. forskning og udvikling i forbindelse med administration, økonomisk planlægning, systemanalyser, salg og afsætning etc. skal medtages. FoU-aktivitet er, at det skal indeholde et nyhedsэлемент.

Forskning og udvikling består af:

Grundforskning: Forsøgsmæssigt eller teoretisk arbejde hovedsagligt med henblik på erhvervelse af ny viden om fænomener og observerbares forholds grundlæggende anvendelse for øje.

Industriel forskning: Planlagt forskning eller kritiske undersøgelser med det formål at erhverve ny viden og nye færdigheder med henblik på udvikling af nye produkter tjenesteydelser eller med henblik på en mærkbar forbedring af de eksisterende produkter, produktionsmetoder eller tjenesteydelser. Dette omfatter frembringelsen af komp som er nødvendig for til industriel forskning, navnlig til generisk teknologivalidering, dog undtaget prototyper.

Eksperimentel udvikling: Erhvervelse, kombination, udformning og anvendelse af eksisterende videnskabelig, teknologisk, kommerciel og anden relevant viden og fær udarbejde planer, projekter eller tegninger for nye ændrede eller forbedrede produkter, produktionsmetoder eller tjenesteydelser. Dette kan også omfatte f.eks. andre aktiviteter konceptmæssig formulering og planlægning og dokumentering af nye produkter, produktionsmetoder eller tjenesteydelser. Aktiviteterne kan endvidere omfatte udarbejdel anden dokumentation, forudsat at de ikke er beregnet til kommerciel udnyttelse.

Bilag 10: The OECD Glossary of Statistical Terms “Research and development is a term covering three activities: basic research, applied research, and experimental development.”

(Hjemmeside)



GLOSSARY OF STATISTICAL TERMS

STATISTICS PORTAL

RESEARCH AND DEVELOPMENT - OECD



- Glossary Home
- About
- Contact Us
- Downloadable Version
- Advanced Filter
- Web Service
- OECD Statistics

Definition:

Research and development is a term covering three activities: basic research, applied research, and experimental development.

Source Publication:

OECD Frascati Manual, Fifth edition, 1993, para. 58, page 13.

Cross References:

[Research and development - SNA](#)
[Research and development - UNESCO](#)

Hyperlink:

http://www1.oecd.org/dsti/sti/stat-ana/prod/eas_fras.htm

Version Indicator: OECD

Statistical Theme: Science and technology statistics

Created on Wednesday, November 21, 2001

Last updated on Wednesday, November 21, 2001

English TitleClose
Standard acronyms are included in the title when there is more than one definition for the same term, e.g. "Employees - ILO", "Employees - SNA", "Employees - ESA".
[Click Here](#) for a list of Acronyms.

Bilag 11: Olso Manual: The Measurement of Scientific and Technological Activities – Guidelines for collecting and interpreting innovation data. Third edition. A joint publication of OECD and Eurostat (OECD 2005)

Dokumentet er i sin helhed 164 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 og 16-18

The Measurement of Scientific and Technological Activities

Oslo Manual

GUIDELINES FOR COLLECTING
AND INTERPRETING INNOVATION DATA Third edition

A joint publication of OECD and Eurostat

OECD



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT
STATISTICAL OFFICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES

3. Scope of the Manual

26. For reasons summarised below:

- The Manual covers innovation in the business enterprise sector only.
- It deals with innovation at the level of the firm.
- It covers four types of innovations: product, process, organisational and marketing.
- It covers diffusion up to "new to the firm".

3.1. Sector coverage

27. Innovation can occur in any sector of the economy, including government services such as health or education. The Manual's guidelines, however, are essentially designed to deal with innovations in the business enterprise sector alone. This includes manufacturing, primary industries and the services sector.

28. Innovation is also important for the public sector. However, less is known about innovation processes in non-market-oriented sectors. Much work remains to be done to study innovation and develop a framework for the

collection of innovation data in the public sector.² Such work could form the basis for a separate manual.

3.2. Innovation at the level of the firm

29. The Manual is concerned with the collection of innovation data at the level of the firm. It does not cover industry- or economy-wide changes such as the emergence of a new market, the development of a new source of raw materials or semi-manufactured goods, or the reorganisation of an industry. Nonetheless, it is possible in some cases to estimate industry- or economy-wide changes, such as the emergence of a new market or industry reorganisation, by aggregating data for individual firms.

30. The first three chapters of the Manual use the generic term "firm". The term is given a specific statistical definition in Chapter 4, which deals with classifications. The precise definition used in a study or survey can affect the results, as the subsidiaries of multinational corporations may be organised in different ways, or a multinational may introduce a given innovation country by country, market by market, or simultaneously throughout the group.

3.3. Types of innovations

31. A firm can make many types of changes in its methods of work, its use of factors of production and the types of output that improve its productivity and/or commercial performance. The Manual defines four types of innovations that encompass a wide range of changes in firms' activities:

product innovations, process innovations, organisational innovations and marketing innovations.

32. Full definitions of the four types of innovations can be found in Chapter 3. Product innovations involves significant changes in the capabilities of goods or services. Both entirely new goods and services and significant improvements to existing products are included. Process innovations represent significant changes in production and delivery methods.

33. Organisational innovations refer to the implementation of new organisational methods. These can be changes in business practices, in workplace organisation or in the firm's external relations. Marketing innovations involve the implementation of new marketing methods. These can include changes in product design and packaging, in product promotion and placement, and in methods for pricing goods and services.

34. An important concern when expanding the definition of innovation is to maintain continuity with the earlier definition of technological product and process (TPP) innovation.³ However, the decision to include the services sector requires a few minor modifications in the definitions of product and process innovation to reflect innovation activities in the services sector more adequately and to reduce the manufacturing orientation. The revised definitions (see Chapter 3) remain very comparable to the earlier (TPP) ones.

35. One change is the removal of the word "technological" from the definitions, as the word raises a concern that many services sector firms would interpret "technological" to mean "using high-technology plant and equipment", and thus not applicable to many of their product and process innovations.

3.4. Diffusion and the degree of novelty

36. The Manual deals with changes that involve a significant degree of *novelty* for the firm. It excludes changes that are minor or lack a sufficient degree of novelty. However, an innovation does not need to be developed by the firm itself but can be acquired from other firms or institutions through the process of diffusion.

37. Diffusion is the way in which innovations spread, through market or non-market channels, from their very first implementation to different consumers, countries, regions, sectors, markets and firms. Without diffusion, an innovation has no economic impact. The minimum requirement for a change in a firm's products or functions to be considered an innovation is that it is new (or significantly improved) to the firm. Three other concepts for the novelty of innovations are discussed in Chapter 3: new to the market, new to the world and disruptive innovations.

38. There are two main reasons for using “new to the firm” as the minimum requirement of an innovation. First, adoption of innovations is important for the innovation system as a whole. It involves a flow of knowledge to adopting firms. Furthermore, the learning process in adopting an innovation can lead to subsequent improvements in the innovation and to the development of new products, processes and other innovations. Second, the main impact of innovation on economic activity stems from the diffusion of initial innovations to other firms. Diffusion is captured by covering innovations that are new to the firm.

39. Of note, the Manual does not cover the diffusion of a new technology to other divisions or parts of a firm after its initial adoption or commercialisation.⁴ For example, the first implementation of new production technology in one of five factories owned by the same firm is counted as innovation, but implementation of the same technology in the remaining four factories is not.

Bilag 12: Den danske regerings hørings svar til Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Europaudvalget 2011. KOM(2011) 15

Dokumentet er i sin helhed 40 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1, 4, 8, 17-18 og 33



Internal Market and Services DG,
Unit C3 - Formulation and enforcement of public procurement law III
European Commission, SPA2, B-1049 Brussels
Belgium
E-mail: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu

ØKONOMI- OG
ERHVERVSMINISTEREN

Høringssvar til Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb

ØKONOMI- OG

Generelle bemærkninger

Det er den danske regerings overordnede holdning, at offentlige indkøb skal foretages bedst og billigst muligt. Dette bør sikres blandt andet gennem enkle, fleksible og effektive indkøbsprocedurer, der sikrer en høj grad af konkurrence om den offentlige kontrakt. Samtidig skal der på relevante områder være mulighed for at købe innovative produkter og tjenesteydelser. Et centralt element i forhold til modernisering af de europæiske regler for offentlige indkøb er derfor, at udbudsprocessen forenkles og smidiggøres.

Det eksisterende regelsæt er kompliceret og administrativt byrdefuldt, så selv helt almindelige indkøb kræver mange ressourcer og stor juridisk ekspertise. Der bør generelt være færre og mindre tunge administrative regler. Konkret foreslår den danske regering, at en række bestemmelser udgår.

Det er endvidere den danske regerings klare holdning, at udbudsreglerne skal bevare deres karakter af procesregler. Udbudsreglerne skal således som hidtil fastlægge rammerne for, hvordan konkurrenceudsættelse og indkøb formelt skal ske. Udbudsreglerne skal derimod ikke indeholde krav om, hvad offentlige myndigheder skal indkøbe, herunder specifikke krav om varetagelse af særlige politiske hensyn.

Den danske regering er positiv over for, at der fortsat skal være mulighed for at inddrage hensyn til innovation, miljøbeskyttelse og social ansvarlighed i forbindelse med offentlige indkøb.

Specifikke bemærkninger

DEL 1: HVAD HANDLER REGLER OM OFFENTLIGE INDKØB OM?

1. Mener De, at anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige indkøb skal begrænses til indkøbsaktiviteter? Bør en sådan begrænsning blot kodificere kriteriet om umiddelbar økonomisk fordel som udviklet af Domstolen, eller bør den medføre yderligere/alternative betingelser og begreber?

bet. En mulighed kunne være, at en vurdering af, om en ordregiver er et offentligretlig organ, kan gælde i fx en to-årig periode.

4/40

10. Mener De, at der fortsat er behov for EU-regler om offentlige indkøb med hensyn til disse sektorer? Begrund venligst Deres svar.
10.1. Hvis ja: Bør visse sektorer, som i dag er omfattet, udelukkes, eller bør andre sektorer omvendt underlægges bestemmelserne? Forklar venligst, hvilke sektorer der skal omfattes, og begrund Deres svar.
11. Direktivets anvendelsesområde er i øjeblikket defineret med udgangspunkt i de aktiviteter, som de berørte virksomheder udøver, deres juridiske status (offentlig eller privat) samt, hvis de er private, hvorvidt der findes særlige eller eksklusive rettigheder. Mener De, at disse kriterier er relevante, eller bør der anvendes andre kriterier? Begrund venligst Deres svar.

Den danske regering finder, at Kommissionen bør analysere evt. fordele og ulemper ved at undtage forsyningsvirksomheder fra udbudsreglerne da det vurderes, at disse virksomheders profitorientering muligvis kan være tilstrækkelig til at sikre, at deres indkøb vil være bedst til prisen. En evt. undtagelse vil indebære en ophævelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

12. Kan private virksomheders profitorientering eller forretningsmoral antages at være tilstrækkelig til at garantere disse virksomheders objektive og retfærdige indkøb (selv om de opererer på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder)?
13. Er den gældende bestemmelse i direktivets artikel 30 en effektiv metode til at tilpasse direktivets anvendelsesområde til de skiftende regulerings- og konkurrencemønstre på de relevante (nationale og sektorielle) markeder?

Det er den danske regerings opfattelse, at private virksomheders profitorientering er tilstrækkelige til at garantere virksomhedernes objektive og retfærdige indkøb, selvom de opererer på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder.

DEL 2: BEDRE VÆRKTØJER FOR ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER

14. Mener De, at det nuværende detaljeringsniveau i EU's regler om offentlige indkøb er hensigtsmæssigt? Hvis ikke, er reglerne da for detaljerede, eller ikke tilstrækkeligt detaljerede?

Den danske regering opfordrer Kommissionen til at forenkle de nuværende regler om offentlige indkøb. Det eksisterende regelsæt er kompliceret og administrativt byrdefuldt, så selv helt almindelige udbud kræver mange ressourcer og stor juridisk ekspertise. Derfor bør der generelt være

Den danske regerings holdning præciseres i det følgende:

Dialog om oplysninger om virksomhederne o. lign.

Der bør gives større mulighed for at gennemføre dialog mellem på den ene side ordregivere og på den anden side med ansøgere/tilbudsgivere om indholdet af deres ansøgninger/tilbud. Dialogen bør også kunne omfatte virksomhedsforhold som fx virksomhedens økonomiske, finansielle og tekniske formåen, særligt når det angår faktisk konstaterbare og dokumenterbare forhold. Dette vil føre til bedre og billigere indkøb for den ordregivende myndighed.

8/40

En øget dialog bør således kunne ske med henblik på at uddybe eller præcisere de oplysninger, som ordregiver har modtaget. Ligeledes bør en øget dialog kunne ske med henblik på at supplere oplysningerne med de oplysninger om virksomheden, der med rimelighed har været entydigt tilgængelig på udbudstidspunktet.

Endelig bør direktivet eksplicit fremhæve adgangen til dialog om løsninger, der er egnet til at imødekomme ordregivers behov til anskaffelsen inden udbuddet igangsættes. Det vil øge mulighederne for at sikre effektive offentlige indkøb.

Konkurrencepræget dialog/udbud efter forhandling efter bekendtgørelse
Den danske regering anbefaler, at ordregiverne får videre adgang til at anvende procedurerne "udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse" og "konkurrencepræget dialog". Det vil understøtte, at ordregivende myndigheder får større mulighed for at drøfte deres behov, og dermed bedre kan indkøbe de rette varer og tjenesteydelser bedst og billigst muligt. En mulighed for at lette adgangen til udbud efter forhandling er at indføre samme valgfrihed for brug af proceduren for ordregivere i udbudsdirektivet, som kendes fra forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Brug af rammeaftaler.

Den danske regering finder, at reglerne om rammeaftaler klargøres og gøres mere fleksible, fx ved at tillade at der frit kan vælges mellem direkte tildeling og miniudbud i en rammeaftale.

Herudover foreslår den danske regering en ny model for offentlige indkøb, der skal gøre det muligt at kombinere fordelene ved både dynamiske indkøbssystemer og rammeaftaler. Disse 'dynamiske rammeaftaler' skal give mulighed for at indgå rammeaftaler, der er åbne for deltagelse af alle økonomiske aktører, der indsender et vejledende tilbud med henblik på optagelse i rammeaftalen. Herudover skal det være muligt for de økonomiske operatører til enhver tid at forbedre deres tilbud, forudsat de stadig er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne for den dynamiske rammeaftale. En dynamisk rammeaftale vil udelukkende være forenelig med miniudbud.

Den danske regering mener, at de gældende direktiver gør det muligt for økonomiske aktører at benytte sig fuldt ud af indkøbsmulighederne i det indre marked. Mulighederne for at benytte sig af indkøbsmulighederne i det indre marked kan dog forbedres ved forenkling af regelsættet med henblik på at sænke de administrative byrder forbundet med afholdelsen af udbud og afgivelsen af tilbud/ansøgninger.

46. Mener De, at EU's regler om og politik for offentlige indkøb allerede er tilstrækkeligt SMV-venlige? Eller mener De omvendt, at visse af direktivets regler bør revideres, eller at der bør indføres yderligere foranstaltninger for at fremme SMV'ers deltagelse i offentlige indkøb? Begrund venligst Deres valg.

Den danske regering lægger vægt på, at det bliver gjort nemmere for små og mellemstore virksomheder at deltage i udbud, idet de fx ofte vil skulle gå sammen med andre om at byde på offentlige opgaver. Fra dansk side er det dog vurderingen, at dette mest hensigtsmæssigt gøres gennem nationale tiltag i form af understøttende værktøjer og tilbud specifikt målrettet små og mellemstore virksomheder, fx vejledning om rammerne for at danne konsortier, rådgivningstilbud mv.

I forhold til udbudsreglerne mener den danske regering, at reglerne som fortsat skal give mulighed for, at udbud tilrettelægges, så også SMV'er kan deltage på samme vilkår som andre. Den danske regering lægger vægt på, at udbudsreglerne forenkles og de administrative byrder lettes for alle virksomheder. Det vurderes derfor ikke at være hensigtsmæssigt at indføre særlige regler eller foranstaltninger, der favoriserer SMV'er i konkurrencen.

47. Mener De, at visse af de foranstaltninger, som er fastlagt i kodeksen for bedste praksis, bør gøres obligatoriske for ordregivende myndigheder, som f.eks. opdeling i partier (med visse forbehold)?

Den danske regering ønsker ikke at gøre visse af de foranstaltninger, som er fastlagt i kodeksen for bedste praksis, obligatoriske for ordregivende myndigheder. Udbudsdirektiverne bør bevare en høj grad af fleksibilitet, og regelsættet bør forsøges forenklet.

48. Mener De, at reglerne vedrørende valg af tilbudsgiver medfører en uforholdsmæssig stor byrde for SMV'er? Hvis ja, hvordan kan disse regler lempes uden at sætte garantier for gennemsigtighed, ikkeforskelsbehandling og kvalitetsgennemførelse af kontrakter over styr?

Den danske regering mener, at direktivets regler bør forenkles og de administrative byrde lettes for alle virksomheder. Den danske regering mener ikke, at der bør indføres særlige regler eller foranstaltninger, for SMV'er i konkurrencen. Reglerne skal i stedet fortsat give mulighed for,

at udbud tilrettelægges, så også SMV'er kan deltage på samme vilkår som andre.

49. Vil De tilslutte Dem en løsning, hvor det kun er udvalgte kandidater/den valgte tilbudsgiver, der skal indsende og verificere dokumentation?

Den danske regering er åben over for en løsning, hvor det kun er udvalgte kandidater eller den valgte tilbudsgiver, der skal indsende og verificere dokumentation. Dette kan lette de administrative byrder for såvel ordregivere som tilbudsgivere.

50. Mener De, at egenerklæringer er en hensigtsmæssig måde at lette den administrative byrde på, hvad angår beviser på udvælgelseskriterier, eller er de ikke pålidelige nok til at erstatte attester? Hvor kunne egenerklæringer være nyttige (navnlig i forbindelse med selve virksomheden), og hvor ikke?

Den danske regering er åben over for indførelse af egenerklæringer, som et indledende skridt til oplysning om opfyldelse af udvælgelsesbetingelserne. Når kun den eller de valgte tilbudsgivere anmodes om at sende faktiske støttedokumenter som bevis for opfyldelse af udvælgelsesbetingelserne, kan dette medføre administrative lettelser til gavn for især SMV'er.

51. Er De enig i, at alt for strenge omsætningskrav som dokumentation for økonomisk formåen er problematisk for SMV'er? Bør EU-lovgivningen indeholde en øvre grænse for at sikre proportionalitet i udvælgelseskriterierne (f.eks.: den maksimale krævede omsætning må ikke overstige et vist multiplum af kontraktværdien)? Vil De foreslå andre instrumenter for at sikre, at udvælgelseskriterierne står i forhold til kontraktens værdi og genstand?

Det er den danske regerings holdning, at EU-lovgiver bør afstå fra at indføre en øvre grænse for udvælgelseskriterierne. For det første lægger den danske regering stor vægt på, at udbudsprocessen forenkles og smidiggøres. For det andet kan proportionalitet i udvælgelseskriterierne variere alt efter, hvilket marked, der er tale om. Endelig kan en sådan øvre grænse ikke tage højde for udviklingen i et konkret marked.

52. Hvad er fordele og ulemper ved, at medlemsstaterne får mulighed for at tillade eller kræve af deres ordregivende myndigheder, at de forpligter den valgte tilbudsgiver til at give en vis del af hovedkontrakten i underentreprise til tredjeparter?

Den danske regering mener, at markedet skal have fri mulighed for at organisere sig på den mest hensigtsmæssige og omkostningseffektive måde. Det fremmer konkurrencen mellem virksomhederne at være frit stillet og indgå i de konstellationer, der ønskes. Detailregulering af, hvordan entre-

Den danske regering finder endvidere, at funktionsudbud både kan fremme omkostningseffektive indkøb og samtidig fremme innovation. For at fremme innovation og miljøhensyn bør udbudsdirektivet klart beskrive mulighederne for funktionsudbud, så de ordregivende myndigheder stimuleres til at anvende denne type udbud.

92. Mener De, at konkurrencepræget dialog i tilstrækkelig grad beskytter intellektuelle ejendomsrettigheder og innovative løsninger, så det sikres, at tilbudsgiverne ikke fratages fordelene ved deres innovative idéer?

Den danske regering mener, at det bør overvejes, om reglerne i tilstrækkelig grad belønner de innovative ideer i konkurrencepræget dialog, ligesom det bør overvejes om der kan ske administrative lettelser, når proceduren anvendes.

93. Mener De, at andre procedurer bedre kunne opfylde kravet om styrket innovation gennem beskyttelse af originale løsninger? Hvis ja, hvilken form for procedurer ville så være mest velegnet?

Den danske regering mener, at udbud med forhandling efter forudgående bekendtgørelse kan være særligt hensigtsmæssige i forhold til at fremme innovation. Det bør derfor gøres lettere for den ordregivende myndighed at benytte disse udbudsformer.

94. Kan prækommercielle indkøb, hvor de ordregivende myndigheder indkøber forsknings- og udviklingstjenesteydelser til udvikling af produkter, der endnu ikke findes på markedet, bruges som tilgang til at stimulere innovation? Er der behov for yderligere deling af bedste praksis og/eller benchmarking af praksisser for indkøb af F&U på tværs af medlemsstater med henblik på at fremme bredere anvendelse af prækommercielle indkøb? Kan der være andre måder, der ikke udtrykkeligt er omfattet af de eksisterende lovrammer, hvorpå ordregivende myndigheder kan anmode om udvikling af produkter eller tjenesteydelser, der endnu ikke er tilgængelige på markedet? Kan De se nogen specifikke måder, hvorpå ordregivende myndigheder kan tilskynde SMV'er og nystartede virksomheder til at deltage i prækommercielle indkøb?

Det er den danske regerings holdning, at det er et nationalt anliggende, hvorvidt og hvor meget de enkelte medlemsstater ønsker at investere i forskning og udvikling, herunder prækommerciel indkøb.

95. Er der behov for andre foranstaltninger med henblik på at fremme små og mellemstore virksomheders innovationskapacitet? Hvis ja, hvilke konkrete foranstaltninger vil De så foreslå?

Bilag 13: Dansk Erhvervs hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896

Dokumentet er i sin helhed 9 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 og 6

DANSK ERHVERV
BØRSEN
DK-1217 KØBENHAVN K
WWW.DANSKERHVERV.DK

T. +45 3374 6000
F. +45 3374 6080
-
INFO@DANSKERHVERV.DK

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jakobsens Vej 35
2500 Valby

Fremsendt på mail jm@jm.dk

Høring over udkast til nye udbudsdirektiver

Dansk Erhverv takker for at have modtaget ovenstående forslag i høring.

Dansk Erhverv finder det nødvendigt indledningsvist at udtrykke utilfredshed med en urimelig kort høringsfrist, navnlig den omfattende lovpakke taget i betragtning.

Der er tale om en lovpakke med store konsekvenser for erhvervslivet. Der er derfor behov for grundigt at analysere konsekvenserne af ny og ændret lovgivning på området. Det har ikke været muligt på den korte tid at lave en tilbudsgående analyse af lovpakkens konsekvenser for Dansk Erhvervs medlemmer. Dansk Erhverv har ikke haft mulighed for at afgive kommentarer til forsyningsvirksomhedsdirektivet samt forslaget til nyt koncessionsdirektiv.

1. Forslag til nyt udbudsdirektiv (2011/0438 (COD))

Dansk Erhverv er tilhænger af EU's udbudsregler fordi de styrker konkurrencen bredt i EU og bidrager til en effektiv ressourceudnyttelse i den offentlige sektor.

EU-udbud er imidlertid i mange tilfælde blevet synonym med et omfattende bureaukrati og høje transaktionsomkostninger. Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at der er behov for at skabe mere fleksible og enkle rammebetingelser for offentligt-privat samarbejde, der kan give mere effektivitet og større rum for innovation.

Tillige er EU-udbud i mange tilfælde blevet så kompliceret, at mindre og mellemstore virksomheder finder det vanskeligt at deltage. Der er derfor behov for nye regler som i højere grad åbner offentlige indkøb op for mindre og mellemstore virksomheder.

Generelle bemærkninger

Det er Dansk Erhvervs opfattelse at direktivudkastet kun i et ganske lille omfang vil bidrage til at forbedre rammevilkårene for offentligt-privat samarbejde. Direktivudkastet vil ikke løse de udfordringer vi står over for.

Opdeling i mindre dele (artikel 44)

Værdien af offentlige udbud er de seneste år steget betragteligt i størrelse – og med det, krav til virksomhedernes omsætning og kapacitet. Dette bl.a. som led i en sammenlægning af kommuner og amter til færre, men større enheder. Samtidig er der sket en markant centralisering af offentlige indkøb, bl.a. gennem Statens Indkøb og SKI.

Denne udvikling gør det sværere for mindre og mellemstore virksomheder at komme i betragtning ved offentlige kontrakter. De offentlige indkøbsprocesser er dermed med til at reducere det store vækstpotentiale, som de små og mellemstore virksomheder udgør.

Dansk Erhverv kan fuldtud støtte op om intentionen med artikel 44. Reglen bør imidlertid udformes som en generel forpligtelse, hvor offentlige myndigheder skal have en særlig god grund til ikke at opdele større kontrakter. Det er vanskeligt at forestille sig, at den nuværende udformning af artikel 44 vil føre til den ønskede effekt.

Dansk Erhverv opfordrer således til, at reglen om opsplnitning i mindre dele strammes op og gøres obligatorisk. Det bør således kun undtagelsesvist være muligt at undgå opsplnitning.

Kvalitative udvælgelseskriterier (artikel 56)

Dansk Erhverv kan støtte den nye regel om loft over kravet til omsætning, jf. artikel 56 stk. 3.

Det vil åbne adgangen for især mindre virksomheder, der kan have vanskeligt ved at dokumentere en meget stor omsætning.

Egen deklARATIONER (artikel 57)

Dansk Erhverv støtter op om forslaget til den nye regel egen deklARATIONER. Dansk Erhverv forstår reglen som svarende til de nye danske regler i implementeringsbekendtgørelsen for udbudsdirektiverne.

Det vil virke som en afbureaukratiserende foranstaltning, der mindsker virksomhedernes omkostninger.

Europæisk Udbudspas (artikel 59)

Forslaget til et nyt europæisk udbudspas vil lette virksomhedernes administrative byrder, ikke mindst ved grænseoverskridende handel. Det er imidlertid afgørende, at det ikke fører til et tilbageskridt i forhold til den nuværende danske ordning med udstedelse af en Serviceattest fra Erhvervsstyrelsen.

Et Europæisk udbudspas skal vidst muligt udstedes på baggrund af allerede tilgængelig offentlig information, således at virksomhederne bliver belastet mindst muligt ved udstedelse og fornyelse af pas.

Bilag 14: AC's hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Att.: jh@kfst.dk, pmk@kfst.dk

Høring vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb
(udbudsdirektivet), KOM(2011) 896

Den 11. januar 2012
Sagsnr. S-2011-389
Doknr. D-2012-661
kmr/av

AC har den 20. december 2011 modtaget høring vedrørende forslag til en revidering af udbudsdirektivet. AC skal henvise til høringssvar vedrørende grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb af 22. februar 2011.

AKADEMIKERNES
CENTRALORGANISATION

THE DANISH CONFEDERATION
OF PROFESSIONAL ASSOCIATIONS

AC har følgende bemærkninger til forslag til direktiv om offentlige indkøb:

AC hilser det velkomment, at det fremover skal være muligt at fremlægge dokumentation elektronisk on-line i.f.m. deltagelse i offentlige udbudsrunder.

Nye hensyn i.f.m. valg af udbydere

AC finder det overordentlig positivt, at der i det nye direktiv adresseres en række nye sociale, miljømæssige perspektiver, herunder at der foreslås at reservere kontrakter til virksomheder, der udviser særlige sociale hensyn.

AC støtter, at offentlige indkøb af varer og tjenester anvendes til måltet at fremme af innovation, et bedre miljø, energiforbrug, folkesundhed og lignende i erkendelse af, at forbrug og produktionsforhold er afgørende konkurrenceparametre i vore samfund og centrale i at realisere målene for Europa 2020-strategien.

For så vidt angår innovation finder AC det væsentligt, at der bliver muligheder for at afvige fra de tekniske specifikationer, den offentlige myndighed har fastlagt, for derved at give mulighed for nye og innovative løsninger og fjerne fokus fra en favorisering af lavrisikoløsninger, der kendetegner de eksisterende offentlige udbudsrunder. Prækommercielle indkøb er en af vejene til at opnå en større innovationsparathed i.f.m.

offentlige indkøb, da risici og fordele deles mellem den offentlige myndighed og leverandøren.

Når vi ønsker at se helt nye løsninger på udfordrende og krævende opgaver i den offentlige sektor, så skal der også i tilbudsfasen være mulighed for at tilbudsgiverne kan komme med forslag, der ligger ud over, hvad der er muligt at præcisere i de tekniske specifikationer.

AC tilkendegav i.f.m. høring om grønbogen et behov for at inddrage sociale og miljømæssige hensyn, således at det ikke alene er den laveste pris, der kommer til at indgå og bliver afgørende i udvælgelses- og tildelingsfasen. AC skal derfor udtrykke opbakning til forslaget om at inddrage andre hensyn end laveste pris når der skal træffes afgørelse om valg af udbyder, sådan som det foreslås i artikel 66-67.

Sanktioner

I den nye direktivtekst foreslås en opstramning, hvor det bliver muligt at ekskludere virksomheder, der tidligere har ikke har leveret de ydelser, der er indgået kontrakt om, og at ekskludere virksomheder, der ikke overholder europæisk eller international social- og miljølovgivning. AC bakker op om opstramningen af sanktionerne og antager, at virksomheder, der systematisk benytter sig af social dumping, ikke vil kunne komme i betragtning, såfremt de byder ind på løsningen af offentlige opgaver.

Velfærdsydelser

AC konstaterer med tilfredshed, at Kommissionen lægger vægt på, at særlige karakteristika ved social, sundhed og uddannelse gør disse områder uegnede til at blive underlagt de almindelige regler, der gælder for offentligt udbud. For det første har disse serviceområder en yderst begrænset tværnational karakter. Endvidere har medlemslandene ønske om at bibeholde muligheden for at vælge serviceudbydere.

AC skal understrege behovet for, at den danske regering lægger afgørende vægt på, at det forbliver et nationalt anliggende at vælge offentlige udbydere på de store centrale velfærdsområder som bl.a. social, sundhed og uddannelse. AC vil derfor foreslå, at det sociale, sundheds- og uddannelsesområde specifikt fremhæves og nævnes under sektion 3, artikel 10, dvs. som områder, der undtages direktivets dækningsområde.

Små og mellemstore virksomheder

Endvidere foreslår Kommissionen, at SMV'er skal have bedre adgang til at byde på offentlige opgaver. Da SMV'er i Danmark og EU udgør ca. 99 procent af samtlige virksomheder, skal AC foreslå, at den danske regering arbejder for, at mikrovirksomheder (10 eller færre ansatte) fremfor SMV'er gives lettere og bedre adgang gennem "self-

declarations". AC støtter endvidere Kommissionens forslag om at lette adgangen for SMV'er til at byde på offentlige opgaver ved at opfordre nationale offentlige myndigheder til at dele større opgaver op i mindre dele.

Side 3 af 3

Med venlig hilsen

Käthe Munk Ryom

D: 22495866
E: kmr@ac.dk

Bilag 15: DI's hørings svar af 11. januar 2012 vedrørende forslag til direktiv om offentlige indkøb (udbudsdirektivet), KOM(2011) 896

Dokumentet er i sin helhed 14 sider. Følgende sider er medtaget som bilag; side 1 og 6



Organisation for erhvervslivet

11. januar 2012

pbki

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att.: Kontorchef Pia Ziegler

Høring vedrørende Kommissionens direktivforslag om modernisering af udbudsreglerne

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fremsendt tre direktivforslag fra Kommissionen i høring. Der er tale om følgende forslag til direktiver:

- Forslag til direktiv om offentlige indkøb ("udbudsdirektivet")
- Forslag til direktiv om offentlige indkøb inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhedsdirektivet")
- Forslag til direktiv om indgåelsen af koncessionskontrakter ("koncessionsdirektivet")

DI takker for muligheden for at kunne give bemærkninger til regeringens videre arbejde med direktiverne. DI's bemærkninger angår primært udbudsdirektivet.

Da de kommende forhandlinger af de tre direktiver kan medføre ændringer i forhold til de fremsatte forslag, forbeholder DI sig ret til at sende uddybende bemærkninger.

Forslag til direktiv om offentlige indkøb ("udbudsdirektivet")

Indledningsvist kan det bemærkes, at direktivforslaget ikke lægger op til at ændre tærskelværdierne for, hvornår offentlige indkøb skal følge EU's udbudsprocedurer. DI er tilfreds med dette. De nuværende tærskelværdier fungerer efter DI's opfattelse efter hensigten, dvs. de sikrer en god balance mellem behovet for ligebehandling og gennemsigtighed for større opgaver overfor behovet for fleksibelt at kunne udbyde mindre opgaver.

de både i Danmark, men også i resten af EU. Eksempelvis kan det nævnes, at en DI-medlemsvirksomhed løser opgaver i syv EU lande indenfor det præhospitale område, dvs. på sundhedsområdet. Udviklingen på dette område går i retning af centralisering og specialisering, hvilket også bidrager til, at den præhospitale behandling er blevet standardiseret. Bl.a. har der i mange år eksisteret europæiske standarder for opbygning og indretning af akutambulancer og sygetransportkøretøjer, hvilket jo understreger, at der her ikke er tale om services med "a very limited crossborder dimension".

DI finder det derfor relevant, at opgaverne indenfor social-, sundheds- og undervisningsområdet også bliver omfattet af de generelle udbudsprocedurer. Det vil desuden medvirke til at forenkle det samlede regelsæt, bl.a. fordi ordregivere ikke skal ulejliges sig med at tage stilling til, hvorvidt en opgave kvalificerer sig til at blive udbudt efter de lempede regler.

Under alle omstændigheder bør det sikres, at opgaver indenfor social-, sundheds- og undervisningsområdet annonceres bredt i EU på samme måde som alle andre opgaver over tærskelværdierne.

Innovation: DI bakker op om målsætningen om at bruge offentlige indkøb til at fremme virksomhedernes innovation. Det kan ske gennem anvendelse af en række velafprøvede udbudsformer, f.eks. funktionsudbud, incitamentskontrakter, no-cure-no-pay modeller mv. Som tidligere anført er DI desuden positive overfor den beskrevne model for innovationspartnerskaber.

3) Bedre adgang for iværksættere og mindre virksomheder til at byde på offentlige opgaver

Forenkling af procedurerne: Direktivforslaget lægger op til øget brug af tro-og-love erklæringer (artikel 57). Der lægges desuden op til, at tilbudsgivere ikke skal fremsende dokumenter til ordregivere, hvis tilbudsgiver indenfor de seneste fire år har fremsendt disse til ordregiveren. DI finder, at begge dele er positivt, da det kan bidrage til at reducere transaktionsomkostningerne i forbindelse med virksomhedernes udarbejdelse af tilbud. Reducerede transaktionsomkostninger hos tilbudsgiver kommer i sidste ende ordregiver til gode gennem lavere priser.

DI er ligeledes positive overfor introduktionen af et Europæisk Udbuds Pas (artikel 59). Der er imidlertid lagt op til, at passet skal indeholde et relativt begrænset antal oplysninger (jf. annek 13). I en dansk sammenhæng er der ikke umiddelbart lagt op til et større fremskridt, idet de pågældende oplysninger allerede fremgår af Serviceattesten. Der bør derfor arbejdes på at indarbejde yderligere standardiserede oplysninger i passet på tværs af EU-landene, f.eks. virksomhedens omsætning over de seneste tre år, antal ansatte i samme periode mv.

Opdeling af opgaver i delopgaver: Opgaver til en værdi af mere end €500.000 skal som udgangspunkt opdeles i delopgaver, så mindre virksomheder har mulighed for at byde på opgaverne (artikel 44). Ordregiver kan komme uden om dette ved at for-